BERNHARDI SUTHOLT U.I.D. DISSERTATIONUM AUREOLARUM AD INSTITUTIONES JUSTINIANEAS PRIMA...

Sebastian Beer, Christian Gunther von Schlotheim, Hieronymus Popp, ...

M



BERNHARDI SUTHOLT U. J. D.

Dissertationum Aureolarum

Ad Institutiones Justinianéas

PRIMA,

Cum VINDICIIS *Illustribus*

sive

Commentario,

Quo tum Autoris mens quandoq; obscurior illustratur, tum verior ubiq; sententia à novissimis Neotericorum telis, ac corruptelis vindicatur & defenditur.

QVAM

JOVA JUVANTE

Scitu & permissu Magnifici JCtorum ordinis

sub Præsidio VINDICIS

SEBASTIANI Beer / LAUFENSIS NORICI,

Publico privatæ eruditorum censuræ submittit

HIERONYMUS POPPIUS SVINFURTO FRANCUS.

die 27. Junii

A. O. R.

clɔ Iɔc XXXV.

JENÆ

E Calcographéo PHILIPPI LIPPOLDI.

BERNHARDI SUTHOLT U. J. D.

Dissertationum Aureolarum

Ad Institutiones Justinianeas

PRIMA,

Cum VINDICIIS *Illustribus*

sive

Commentario,

Quo tum Autoris mens quandoq; obscurior illustratur, tum verior ubiq; sententia à novißimis Neotericorum telis, ac corruptelis vindicatur & defenditur.

QVAM

JOVA JUVANTE

Scitu & permissu Magnifici JCtorum ordinis

sub Præsidio VINDICIS

SEBASTIANI Beer / LAUFENSIS NORICI,

Publico privatæ eruditorum censuræ submittit

HIERONYMUS POPPIUS SVINFURTO FRANCUS.

die 27. Junii

A. O. R.

cIↄ Iↄc XXXV.

JENÆ

E Calcographéo PHILIPPI LIPPOLDI.

Præstantissimo Dn. Respondenti populari meo, S. D.

Vindice Vindicias Behrio *tutare*, Sutholto
ut lucem accendas. conciliesq; fidem.
Dignus, ut attenta libretur mente Sutholtus,
Conferet & plenâ præmia Vtriq; manu.

Imq; F.
Joh. Mich. Dillherrus P. P.
h. t. Rector.

Præstantißimo atq; Doctißimo Dn. Respondenti, amico, civi ac convictori perdilecto.

NOn solùm tacito celebres evolvere libros
consuesti studio, penitisq; infigere fibris,
intra claustra domi, monumenta, relinquere mundo
quæ doctis placuit chartæ commissa fideli:
verùm etiam nido propulsus amore sciendi
prodisti vice plus unâ, tenebrasq; perosus
quantum præstiteris, voluisti ostendere clarâ
in luce. Atq; iterum nunc te committis arenæ
egregium præbens specimen, conamina gnavi
improba quid possint animi atq; industria solers.
Perge ita propitiam tibi concinnare Themista.
Præmia digna tuo meditatur diva labore,
& varios pictis flores circumspicit hortis,
quos plenis charo calathiscis portet alumno.

αὐλοσχεδ. f.
Daniel Stablius P. P.

TAntum cur olei *Dices* impendis in aras,
Aut tandem, POPPI, legibus immoreris?
Nonne vides Jus nunc in mortis agone laborans,
Et raras Æqui Justitiæq; faces?

In

In nequam libiti sylvam ferè ab omnibus itur,
Estq; loco legis velle cuiq; suum;
Sic Acheronta trahit secum Mars, hocq; regente
Legibus & recto janua nulla patet.
Sed bene habet! Nam non, ut nunc, & sic erit olim,
Finem etiam his turbis magnus *Jova* dabit;
Rursus & in patrias extorria jura redibunt,
Fumabuntq; *ara Juris* odore novo.
Perge proinde, horis & cunctis fortior insta,
Messis certa tui & grata laboris erit.

Ita multò Praestantiss. Dn. Respond.
Sympatriota suo ad ultima
amando
ὁλοκαρδίως applaudit
Joh. Georg Herman L L. St.

P*Erpulchrè docto quidam canit ore Poëta:*
Dimidium facti, qui bene cœpit, habet.
Hinc tu, qui juris tractas primordia, finem
Optatum poteris spe tibi praecipere.
Macte ergò patriae non ultima portio nostrae,
Fac sis conveniant ultima principiis.
Sic olim extremos laetus cantabis ad antes,
Nectet ubi capiti laurea serta Themis.

Ita Sympatriotae suo votivus
accinebat
Joh. Christoph. Merck Svinf. Fr.

D*aphnis, Apollo, Chorus Musarum perpete nixu*
Conglomerant fasces, digna brabéa tibi:
Quo pungas Themidos metam, quo jura sequaris,
Arcus Apollineus Delia tela dabit.
Musa, noster amor, lepidas ducendo choréas
Approperant, Musae basia docta legunt.
Quicquid habet Daphnis, quicquid Themis alma, Deorum
Tota beat curas factio, POPPE *tuas.*

ita gratul. approp.
Heinricus Joannes Friderich Schlal-
zâ-Variscus Med. Stud.

DISSERTATIO PRIMA, De NATURA AC PRINCIPIIS JURISPRUDENTIÆ,

Neque non

DE DIVISIONE PERSONARUM EX PRIMO STATU.

Ad titulos septem priores libri 1. *Inst.*

APHORISMUS I.

Duplex in universum est *prudentia.* Una *privata*, quæ & monastica nonnullis, Aristoteli *lib. 6. Ethicor. ad Nicom. cap. 8.* φρόνησις absolutè vocatur, præscribens singulis tanquam privatis, quid in vita sit agendum; altera *communis* πολιτικὴ seu civilis, ea cuique præscribens, quæ in commune & publicum bonum debent dirigi, atque toti adeò civili societati suam concilians felicitatem.

2. Atque hæc civilis prudentia, juxta Platonem in eo, quem περὶ βασιλείας seu πολιτικὸν inscripsit, Dialogo, alia est βασιλικὴ seu αὐτεπιτακτική, quæ totam Reip. gubernationem in manu habet, residetque in sola majestate suprema ὡς ἀρχιτεκτονικὴ φρόνησις νομοθετική.

3. Alia verò ἐπιτακτικὴ simpliciter, quæ imperat quidem, verùm ad nutũ regiæ istius & principis facultatis, & hujus quidem tres sive partes sive species inibi Plato recenset, Regiæ scientiæ ξυγγενεῖς, cognatas & ministras, *imperatoriam*, *Oratoriam*, & *judiciariam*.

4. Quarum judiciaria in duo rursum abit membra. Vel enim consistit in jure secundum leges præscriptas reddendo, quod proprium est magistratus; vel in legibus scriptis dextrè interpretandis, in loco supplendis, & ad singulares casus cautim accommodandis, quod JCti munus est.

5. Ne quis tamen id aliovorsum trahat, omnemq; interpretandi juris potestatem, opinionis errore, adeo JCtis faciat propriam, ut eam à quibusvis aliis planè abjudicet, pretium erit rem à principiis arcessere & distinctione expedire.

6. Cum lex omnis duabus constet partibus; scripto & sententia; seu, quod idem est, verbis & ratione; *l. 24. de LL. l. 6. de V. S.* prior autem sit atque potentior, quam vox, mens dicentis, *leg. Labeo 7. §. ult. ff. de supellect. legat.* ad sententiam semper aciem mentis convertere, atque ubi eam perviderimus, de verbis securi esse jubemur, *l. scire 17. de legibus.* *ὁ γὰρ εἰς ὃ νοῦς ἐστὶν ἰδεῖν τοῖς ἔργοις ὑπηρετῶν, οὗτος ἀκριβῶς τὸν σκοπὸν τοῦ νομοθέτου φυλάττει, κἂν μὴ συμφωνεῖν δοκοίη γράμμασιν;* ut eleganter pro Archidamo ait *Libanius* Sophista *declam.* 24. Et *Cicero in Orat. pro Cecinna. Si verba,* inquit, *inter nos aucupabimur, ne domi quidem inter servos domesticum ullum imperium habebimus, si servulis hoc nostris concesserimus, ut ad verba nobis obediant, non ad id, quod verbis intelligi possit obtemperent.*

7. Id tamen non aliter procedit, quàm si sententia & ratio legis sit obvia atque evidens. Quod si enim ea fuerit obscura & ambigua, ita ut nescias, an qui jam evenit, casum legislator voluerit lege suâ comprehensum, ad Principem seu supremam majestatem recurrendum est, ut is legum ænigmata solvat omnibusque aperiat; *l. 1. l. ult. C. de legib. Novell.* 143. *in princ.*

8. Sin aperta sit & liquida legis sententia, aut ea cum verbis legis est eadem, aut ab iis diversa.

9. Priori casû, ubi constat, legislatorem, uti generaliter est locutus, ita quoque velle legẽ generaliter intellectam, sequenda ea est, quamvis duriusculum videatur, eam generatim observari, *l. prospexit. 12. § 1. ff qui & à quib. manum.* Lex enim, cæteroquin æquissima, nobis videtur subinde iniqua, ut quos latet quæ legislatorem movit ratio, *l. non omnium 20. & seq. de legib.* unde *August. lib. de vera religion. c. 31. in istis,* inquit, *temporalib. legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint instituta & firmata, non licebit judici de ipsis judicare, sed secundum ipsas;* cap. 3. distinct. 4.

10. Nihilo tamen seciùs fatendum est, eum, qui jurisdictioni præest in Republica, maximè populari, posse etiam hoc casû rigorem juris scripti mitigare, & præter legislatoris sententiam utut sibi perspectam & notam, legẽ sive producere sive restringere, *l. 12. & 13. de legib.* id quod ex edicto *de conjungend. cum emancip. lib. Si is qui test. lib. esse juss.* ex materia de bonorum possess-

sess.

sessione, actionibus in factum subsidiariis, accommodatis legi Aquiliæ, juxta *l. quia. 11. de præscr. verb.* atque adeo ex universo jure prætorio manifesto relucet.

11. Posteriori casu, ubi videlicet in aperto est, legislatorem vel plus sensisse & voluisse, vel minus, quàm verbis expressit, JCti partes sunt, etiam injussu superioris verba ad sententiam accommodare per interpretationem nunc *extensivam*, quam vocant, nunc *restrictivam*, quæ *scripti & voluntatis quæstio*, & quando ex jure manifesto est, *plani & voluntatis status* Rhetoribus apellatur, teste *Quintilian. lib. 7. Instit. Orator. c. 6.*

12. Extensiva interpretatio est, per quam verba juris scripti extendimus & producimus ad casus similes, quos legislator verbis quidem non comprehendit, interrogatus tamen hodiè, idem sit de iis responsurus, quod de casibus expressis, *d. l. 12. de legib.* Exempla vide in *l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 4. de fund. dotal. l. 7. § 2. de jurisdict. l. 2. §. quid si 29. ad SC. Tertull. l. Oratio. de sponsalib.*

13. Habet autem hæc interpretatio extensiva locum in jure communi, non in jure singulari, id est, eo, quod propria & singulari ratione propter utilitatem aliquam certis tantum in personis & causis, contra rationem juris communis receptum est; hoc enim jus ne quidem ex identitate rationis ad similia produci potest; *leg. 14. & seqq. de legib.* Exempla suppeditat *tit. de minorib. Ad SC. Vellej. l. [illegible] rer. amotar. l. 71. §. 3. & 4. de legat. 1. l. 23. §. 3. de fideic. libert. l. 1. de cessu princip.*

14. Restrictiva interpretatio est, per quam verba legis ex sententia seu ratione angustiore restringuntur, quoties legislator generaliter quidem est locutus, minus tamen voluit, quàm expressit, ut in *l. quæro 11. ff. de in jus vocand. l. adigere 6. pr. jur. ff. §. quamvis ff. de jur. patron. l. 2. § 1. §. 3. ad SC. Vellej. l. 67. §. 1. de rit. nupt. l. 14. C. de procur. l. 1. § 1. & §. 6. de ædilit. edict. l. ult. de rer. divis.* huc pertinet exemplum statuti Bononiensis, quo capitis pœna in eum statuta erat, qui sangvinem in palatio principis fudisset; quidam barberius (inquit barbarè *Bartolus in l. omnes 9. vers. quinto principaliter quæro, n. 35. ff. h. t.*) phlebotomavit officialem quendam in palatio; quærebatur ergò, num is capite plectendus?

15. Hujus interpretationis usus sanè frequens est. Cùm enim leges ferantur de actionibus humanis, quas levissima quæque circumstantia immutat, confieri nequit, ut lex ita scribatur, quin in particulari persæpè deficiat. τὸ γὰρ ἁμάρτημα οὐκ ἐν τῷ νόμῳ, οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ, ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματός ἐστιν, *Aristot. l. 5. Ethicor. c. 10.* ubi *D. Thomas, Intellectus noster,* inquit, *de quibusdam potest aliquid verum dicere in universali, ut in necessariis, in quibus non potest defectus accidere; de quibusdam vero impossibile ut dicat quid verum in universali, ut de contingentibus, de quibus etsi aliquid sit verum ut in pluribus, in paucioribus tamen deficit ut sunt facta humana, de quibus dantur leges.* Hæc Thom. Add. *l. 3. & seqq. de legib.*

16. Atque exinde nata regula: *Cessante legis ratione, cessat & legis dispositio*, quæ tamen regula tum demum procedit, quando ratio & finis legis cessat *in communi seu universaliter*; non item, quando solùm *in particulari*. Sic impuberes prohibentur testamentum facere ob judicii infirmitatem: si quis jam impubes judicio ætatem prævertat, nihilo magis testari poterit. Sic cum Coss. Romani edixissent, *ne quis extra ordinem in hostem pugnaret*, ne quod damnum pateretur Resp. nihilo excusatior fuit T. Manlius, cum feliciter, injussu tamen consulis, cum Geminio Metio Latino, aut Q. Fabius magister equitum, cum absente dictatore felicissimè cum Samnitibus depugnasset, ut est apud *Liv. lib. 8. cap. 7. & 30.*

17. Prætereà cautio hic erit, ne occasionem legis & causam impulsivam cum causa finali & principe confundamus: Neq; enim si præsens Reip. necessitas legem aliquam in universum utilem extorsit, sublata illa necessitate, lex protinus exolescit, quâ in re fallitur L. Valerius tribunus plebis contra M. Porcium Catonem pro abroganda lege Oppia disputans apud *Liv. libr. 34. princ.*

18. Quinimo ne tum quidem, ubi ratio legis cessat, protinus etiam cessat obligatio, ita, ut privatus quisque impunè possit legem non servare: neque enim hic privati cujusque judicio standum, sed publica ferè authoritas ad hanc rem erit advocāda. Sic licèt ratio usucapionis cesset, quando usucapiuntur ejus res, qui reip. causa abest, ipsa tamē usucapio procedit, adeoq; à

Præ-

Prætore induci debuit actio rescissoria, de qua in §. *rursus infr. de actionib.* Videantur de hac materia, nobilissima ea sanè & quæ à JCtis diligentiùs tractetur, dignissima, *Domin. de Soto lib. 1. de just. & jur. quæst. 6. Albert. Bolognet. tract. de lege, jur. æquit. cap. 34. & passim. Stephan. de Phedericis Brixiensis tractat. de interpretatione legum. Covarruv. in c. cum esses extr. de testament. Lud. Molina. de just. & jur. tom. 1. tract. 2. disp. 81. Coras. de arte jur. part. 4. cap. 5. & 6. Vasqu. lib. 1. Contro. cap. 46. Tiraq. pecul. tract. De causa cessante Angel. Mattheacius de via & ration. jur. lib. 1. cap. 11. & lib. 2. cap. 2. & seqq. Connan. lib. 1. Comm. cap. 11. Duaren. ad tit. ff. de legib. & ad tit. de judiciis cap. de var. jud. præcept. Donell. 1. Comm. c. 13. & 14.*

19. Atque hactenus ὡς ἐν τύπῳ jurisprudentiæ naturam & JCti munus adumbravimus. Nunc de utroque explicatiùs acturi, finem, subjectum & principia jurisprudentiæ inquiremus.

20. Finis jurisprudentiæ est justitia: seu potiùs exercitium & administratio justitiæ. Inventa enim est disciplina juris huic fini, ut legibus scriptis dextrè explicatis, suum cuiq; tribuatur. Inde & *Cic. lib. 1. de orat.* finem in jure civili ait esse *legitimæ atq; usitatæ in rebus causisq; civium æqualitatis conservationem.*

21. Est autem justitia alia *universalis* alia *particularis*, & hæc rursum vel *commutativa* vel *distributiva*; quæ quidem diversitas oritur à diversa habitudine, quæ in Republica reperitur, ut rectè notat *Leonard. Lessius de just. & jur. lib. 2. sect. 1. cap. 1. dubitat. 4.* Triplex enim est in Rep. habitudo. Prima est partium ad totum; secunda partis ad partem; tertia verò totius ad partes.

22. Virtus quæ singulas partes disponit ad bonum totius Reipublicæ, est justitia universalis; quæ vero disponit ad partem, est particularis, & quidem si partem ad partem, id est, civem ad civem, ut constituatur æqualitas inter cives in actionibus, quibus inter se communicant, dicitur commutativa: sin dirigat totum ad partes, in distribuendis per cives rebus communibus, officiis, oneribus juxta proportionem, vocatur distributiva.

23. Quia verò legis proprium est, ordinare ad bonum commune, hinc justitia universalis *legalis*, quia per eam homo concordat legi ordinanti actus omnium virtutum in bonum commune, *D. Thom. 2. 2. quæst. 58. art. 5.* vocatur etiam virtus in ge-

ne-

nere, non per prædicationem sed secundum virtutem seu causaliter, in quantum ordinat actus aliarum virtutum ad suum finem. *Thom. d. quæst. 58. artic. 6.* Unde virtus in genere & hæc justitia legalis, essentia & subjecto sunt idem, differunt autem hactenus, quod quando consideratur, ut animi habitus, dicatur simpliciter virtus; quando ut societatis civilis conservatrix, vocetur justitia, ut rectè inquit *Michael Ephesius*, interpres græcus, ad *libr. 5. Ethicor. Arist. cap. 1.*

24. Ad hanc justitiam universalem pertinet disputatio *Platonis lib. 4. de Rep.* & encomium justitiæ quod est in *Novell 69. in princ.* ubi Justin. ait justitiam esse unam omnium perfectissimã virtutem, singulis virtutibus assistere easque ad debitum finem perducere, de quo *Petr. Faber. lib. 1. semestr. c. 19.* Unde leges humanæ omnes ad hanc ipsam justitiam respiciunt. Munus enim legislatoris est, tales efficere cives, quales bonum commune & Reipubl. decus postulat; ad hoc autem obtinendum non sufficit solius justitiæ particularis, sed requiritur omnium omninò virtutum exercitium.

25. Unde *Arist. lib. 7. polit. c. 14.* In Græcorum, & *lib. 2. polit. c. 7.* speciatim in Lacedæmoniorum Republica hoc summoperè reprehendit, quod disciplina & leges non fuerint conformatæ ad omnes virtutes, & *Plato lib. 1. de legib. pag. 630. edition. Servan.* ita de Repu. statuendum judicat οὐχ ὡς πρὸς ἀρετῆς τι μόριον, καὶ ταῦτα τὸ φαυλότατον ἐτίθει βλέπων, ἀλλὰ πρὸς πᾶσαν ἀρετὴν non ut unam tantum virtutis particulam & eam quidem tenuissimam, legislator respiciat, sed ut potius universæ virtutis habeat rationem.

26. Atque hoc ex legibus nostris Romanis manifestò elucet; qui enim eas ad justitiam tantum particularem pertinere existimant, ostendunt, quam non intelligant hujus justitiæ naturam. Anne in 12. tabb. lex fuit: Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito. Rogum ascia ne polito. Mulieres genas ne radunto, neve lessum funeris ergo habento; & consimiles aliæ, quæ ad justitiam particularem nullo modo pertinent. Imò qui non quæstus sed libidinis causa adulterium commisit, his quidem judicibus absolvetur à pœna legis Juliæ, quia non peccavit adversus justitiam particularem, juxta *Aristot. lib. 5. Ethic. c. 2.* Et vel unicus tit. *ff. de re militar.* & *Cod.*

de

de secund. nupt. hanc sententiam ampliter confutat. Vid. *Angel. Matthaeac. de via & rat. jur. lib. 1. c. 9.*

27. Quandoquidem ergo leges ferri debent de omnibus in universum virtutibus, neque tamen minus illae, quae ad temperantiam, fortitudinem & ad alias virtutes, quam quae ad justitiā particularem pertinent, indigent interpretatione, necessario consequitur, jurisprudentiae finem esse justitiam non particularem, sed universalem.

28. Et de hac universali justitia accipiendam puto definitionem, quae est *princ. h. t. l. 10. ff. eod.* quamvis enim *suum cuique tribuere* frequentius ad contractus & commutationes referatur, tamen exinde etiam derivari ad omnia, circa quae potest esse justitia, notat D. *Thomas 2da 2dae quaest. 58. artic. 11.*

29. Porro in ista definitione *voluntas* significat habitum, quo quisque vult suum cuique tribuere, sicut Augustinus fidem definit, credere quod non vides, id est habitum, quo inclinamur ad credendum, quod videmus.

30. Dicitur autem ista voluntas *constans & perpetua*, quia tunc demum actio moralis ex habitu proficiscitur, si quis agat *sciens, ex proaeresi & βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως*, ut docet *Aristot. libr. 2. Ethic. cap. 4.* Unde *Gellius libr. 17. noct. Attic. cap. 5.* liberalitatem vocat *perpetuae benignitatis constantiam*, quod cum in omni virtute morali ita se habeat, miror eorum judicium, qui quod in hominem perpetuam & constantem voluntatem non cadere falso existiment, eo absurditatis deveniunt, ut divinam justitiam Jovis filiam, quam Ethnici ut Deam coluerunt, hic definiri dicant. Vere *Gennadius* presbyter Massiliensis libr. *de Ecclesiast. dogmat. c. 86. Nullus*, inquit, *sanctus & justus caret peccato, nec tamen ex hoc desinit esse justus vel sanctus, cum affectu teneat sanctitatem*. Adde D. *Thom. d. quaestion. 58. artic. 1. Ang. Matthaeac. d. lib. 1. c. 15. Vacon. à Vac. lib. 1. declar. 30. n. 11. & seqq. Cors. lib. 2. indagat. cap. 14.*

31. Haec de fine jurisprudentiae dicta sunto, unde in proclivi est explicare, cur Ulp. in *l. 1. h. t.* jus dicat à justitia appellatum, imitatione videlicet Stoicorum, qui sapientem à sapientia, hominem ab humanitate deducunt, ut à forma res omnis accipiat nomen, non forma à subjecto. Cujac. *recit. solen. ad d. l. 1.* Adde

Con-

Contium lib. 2. subcef. lect. cap. 6. Govean. 1. lection. jur. cap. 18. Ravard. lib. 1. Var. cap. 2. Lopez. Animadverf. jur. cap. 1.

32. Subjectum Jurisprudentiæ, in quod scilicet JCtus vult operari & finem suum, nempe æqualitatem seu justitiam, introducere, sunt *actiones* hominum, seu omnia *negotia* quæ inter homines aguntur, non tamē qua talia, sed quatenus in iis quæritur, quid justum quidve injustum sit, an æqualitas aliqua subsit, & qui illa corrigi debeat, & ad æqualitatem reduci.

33. Rectè ergò ex fine suo & subjecto definitur jurisprudentia §. *1. h. t. & in l. 10. §. 2. ff. eod. divinarum atq; humanarum rerū notitia, justi atq; injusti scientia.* Res enim considerata seu subjectum materiale sunt omnes res divinæ & humanæ. Ne quis autem putet, hic definiri sapientiam, quam dicebant veteres esse *divinorum & humanorum scientiam,* ut est apud *Senec. Epist. 89.* aut jurisprudentiam esse artium circulum seu encyclopædiā, aut cum Antonio Fabro eò vesaniæ procedat, ut neget posse JCtum esse, qui sit hæreticus, ideò additur in definitione subjectum formale seu modus considerandi; *justi atq; injusti scientia,* quæ verba docent, eatenus JCtum versari circa res divinas & humanas, quatenus in iis quæritur quid justum sit aut injustū. Unde rectè *Placentinus summ. Inst. ad h. t. Jurisprudentia est,* inquit, *scire quid sit justum quid injustum, quid illicitum in divinis humanisq; sive forensibus negotiis.*

34. Brevior tamen & nervosior est definitio Celsi in *l. 1. h. t.* cui *Jus est ars boni & æqui,* id est, ars quæ docet leges scriptas dextrè interpretari & casus obvenientes secundum rectæ rationis normam, perfectam bonitatem, & legem naturæ prudenter dijudicare.

35. Neque enim æquum à bono dividi debet cum *Accurs. in d. l. 1.* sed conjunctim sumi, ut significet moderationem & humaniorem interpretationem juris scripti, quæ ἐπιείκεια dicitur *Aristoteli lib. 5. Ethic. c. 10.* qui tamen inibi strictius accipit hoc vocabulum pro eo habitu, quo quis non est ἀκριβοδίκαιος, ἀλλ' ἐλαττωτικός, seu quo quis de jure suo facilè quid remittit; *æquum & bonum* verò non solùm facilem illam remissionem significat, sed absolutam bonitatem æquitatemque juris medullam, germanam justitiam &, ut verbo me absolvā, ipsam

na-

naturæ legem, ex qua omnis interpretatio juris est desumenda, Vid. *Budæum, Conn. & Cujac. in d. l. 1. l. 1. Lopez. d. cap. 1. animadv, n. 12. & seqq.*

36. Atque hinc consequitur, nullam esse propriè scriptam æquitatem, sed omnem non scriptam. Si enim ab illo, qui potestatem habet condendi leges (secus autem si ab aliquo juris perito privato) æquitas scribatur & sanciatur, continuò lex & nova rursum æquitate opus habet, sicut æquitas prætoria à Salvio Juliano jussu Adriani descripta, postmodum Ulpiani operã desideravit, qui edictum perpetuum ex bono & æquo interpretaretur; & in hujus rursum interpretationib. explicandis æstuamus hodiè quotquot in JCtis nomen profitemur. Vide elegãter hac de re disserentem *Bolognet. de leg. jur. & æquit. cap. 31. Ang. Mattheac. d. lib 1. cap. 11.* Connan. 1. Com. 12. n. 3.

37. Notandum porrò, cùm Jurisprudentia dicitur esse *ars* vel *scientia*, utrumque vocabulum largè & populariter accipi pro quavis disciplina & doctrina. Si enim propriè & ἀκριβῶς loqui velis, jurisprudentia non est scientia, tum quia subjectum ejus non est æternum & scientificum, de quo affectiones demõstrentur per propria principia, tum quia finem habet non τὸ scire, seu ut in cognitione acquiescat, sed τὸ agere; vult n. scire quid cujusque sit, quid cuique debeatur, non ut sciat tantum, sed ut idem aliis tribuat. Hinc etiam in jure nostro non dantur demonstrationes, cum principia non sint immediata & adæquata, sed generalia & à posteriori, quæ rei demonstratæ essentiam non attingant. Mirè ergò operam suam abutitur Petrus Gilkenius, dum operosè laborat ostendere, jurisprudentiam esse propriè dictam scientiam, peculiari, quem hac de re scripsit, tractatu. [illegible]

38. Ars quoque non est jurisprudentia, quia finis ejus non ποίησις est, sed πρᾶξις, utpote cum in ejus actione reluceat honesti & inhonesti discrimen, eaque sit sibi finis, nullum post se opus externum relinquens. Cùm autem nec intellectus principiorum vocari possit, nec sapientia, nec scientia, nec ars, consequens est ad nullam aliam habituum intellectualium speciẽ referri posse jurisprudentiam, quàm ad prudentiam, id quod eruditè & fusè ostendit *Christophorus Ebemius* eleganti suo li-

b bel-

bello de *Principiis Juris*, cui add. *Angel. Matthaeac. d. lib. 1. cap. 8. & lib. 2. c. 8. & lib. 2. cap. 14.*

39. Quod autem *Angelus Thyus in praecogn. logic. & Zabarella de natural. scient. constit. cap. 33.* (contra quos disputat *Ang. Matthaeac. d. lib. 1. cap. 10.*) jurisprudentiam ajunt simplicem quandam esse peritiam, quæ nec scientia, nec prudentia, nec ars appellari mereatur, cum sine ratione fit, id ego de rabulis forensibus accipio, qui non magis sunt JCti quàm empirici medici, cùm non tam justitiæ quàm litigandi tradant vias, ut est apud *Cic. lib. 1. de legib.* Διαβολή τις κακὴ καλὸν ὄνομα προςησαμένη τέχνην, ait *Plato* de iisdem loquens *lib 11. de legib. pag. 937.* Vid. *Ammian. Marcellinum lib. 30.* ubi vivis coloribus id genus homines depingit.

40. Atque hactenus de fine & subjecto jurisprudentiæ. Ejus finis consequendi modum præscribit *lex*, quæ nihil est aliud, quam *regula quaedam justi & injusti.* Sicut enim eorum, quæ fiunt per artem, ratio quædam in mente artificis præexistit, quæ dicitur regula artis; ita etiam operis justi, quod ratiò præexistit in mente, quasi quædam prudentiæ regula, quæ si scribatur, dicitur lex, ut docet *D. Thom. 2da 2dae. quaest. 57. artic. 1.*

41. Et licèt non raro jus cum lege confundatur, propriè tamē jus non est ipsa lex quæ præcipit, sed ipsum præceptum (quamvis aliter hæc distingvat *Isidor. lib. 5. Etymol. cap. 3.*) quod ex lege oritur, & ~~ita jus est objectū justitiæ~~, de quo *D. Thom. d. quaest. 57. art. 1. Molina de just. & jur. tr. 1. disp. 2. Less. lib. 2 sect. 1. c. 2. dub. 1.*

42. Est autem jus aliud *publicum*, aliud *privatum.* Publicum est, quod ad statum rei Romanæ spectat §. *ult. h. t. l. 1. §. 2. ff. eod.* id est, ad ipsum Reipublicæ statum publicum & utilitatem publicam, non autem ad causas privatorum. Hoc *Cicero 1. de legib. jus civitatis*, Tacitus *lib. 3. hist. statum imperii* vocat. Consistit autem in sacris, sacerdotibus & magistratibus, *d. l. 1. §. 2.* adeoque triplex in universum jus est: *sacrum, publicum*, (quod sc. extra res sacras ad alia imperii jura pertinet, cæteroquin etiam sacrū jus est publicum) & *privatum*. Rectè n. Diotogenes Pythagoricus tria dixit esse Regis officia; imperare, judicare & Deos colere, *Stoba. serm. 46.* Unde & tria juris genera, sacri, publici, privati juris facit *Quintil. lib. 2. Orat. Inst. cap. 4.* quæ etiam distin-

ctim

ctim tractabat lex 12. tabb. ut constat ex iis, quæ hodiè etiamnū extant quasi ex naufragio laceræ tabulæ, & Ausonio, cū ait:

Jus triplex, tabula quod ter sanxêre quaterna,

Sacrum privatum & populi commune quod usquam est.

43. Publicum quidem jus cum arcana spectat imperii, incognitum est minusq; in usu necessarium, ut *Cic. ait d. lib. 1. de legib.* certè ad principia juris nostri civilis examinari negat: est enim appendix quædam politices, imò politica specialis, seu præceptorum politicorum ad hanc vel illam Rempublicam applicatio, unde sæpè mirari subit, qua fronte ad tractationem juris publici, magno juventutis malo, accedant inepti quidam Doctorculi, quos vel Jovem lapidem juravero, quid sit majestas, quid Respublica, quid mixtio formarum, penitus ignorare, de quo aliàs, cum Deo, uberiùs agemus.

44. Privatum jus est, quod principaliter ad singulorum seu privatorum civium utilitatem pertinet. Dico: *principaliter*, quia etiam privati cujusque civis interest, statum Reip. benè esse constitutum. Nam, ut Lævinus cos. apud *Liv. lib. 26. cap. 36.* inquit: *Respublica incolumis & privatas res facilè salvas præstat, publica prodendo, tua nequicquam serves.*

45. Utrumque hoc jus tam publicum quàm privatum, est vel naturale vel civile, seu, quod idem est, commune vel proprium, licet Justinianus, proposito suo deserviens, soli privato juri, ut de quo solo in Institut. erat tractaturus, hanc divisionem accommodarit. Quod enim debeant esse magistratus in civitate, quod Deus religiosè coli, quod feciales & legati inviolabiles, id non unius gentis est proprium, sed omnibus commune, quamvis in hypothesi, sicut & privatum jus, hæc varient, vide *Ravard. 5. Varior. 12. Alciat. libr. 1. parerg. cap. 32. Lopez. animadv. cap. 7. Ang. Matthesac. d. lib. 1. cap. 12. pr. Cujac. ad l. 1. h. t. Wesparat. eod. n. 14.*

46. Naturale jus Aristoteli *lib. 5. Eth. cap. 7.* est, quod ubique gentium eandem vim obtinet, non quia ita decretum sit vel non decretum. Civile verò seu legitimum, quod initio hoc vel illo modo fiat, nihil refert, cùm verò constitutum fuerit, tum demum refert.

47. Nam, ut egregiè ait *Lud. Molin. d. tract. 1. disp. 4. obligatio juris*

juris naturalis oritur à natura objecti, & inde se diffundit in praeceptum; positivi verò juris obligatio oritur à praecepto & voluntate praecipientis, indeq; derivatur in objectum.

48. Quia verò natura in homine est duplex; una, quatenus est animal adeoq; aliis animalibus communis; altera hominis propria, prout secundùm rationem discernit turpe & honestum, hinc quod Aristot. appellat naturale jus, JCti faciunt duplex; alterum *naturale* in specie, alterum *gentium*.

49. Naturale jus definitur *princ. h. t. & l. 1. §. 3. ff. eod.* quod natura omnia animalia docuit. Seu, juxta Thom. ad *d. cap. 7. lib. 5. Ethic.* quod consequitur inclinationem naturae communis homini & aliis animalibus.

50. Cùm enim natura cuivis animanti impresserit appetitum sui conservandi, & ad debitum finem perveniendi, ut disputat *Dominic. de Soto lib. 1. de just. & jur. quaest. 3. art. 2. & quaest. 4. art. 1.* rectè etiam dicitur bestiis inesse jus naturae. Videmus enim caetera quoq; animalia istius juris peritiâ censeri *d. l. 1. § 3.* id est, aestimari & admirationi esse. Unde & *D. Tho. d. quaest. 57. art. 3.* ait; absolutè quid apprehendere, non solum convenire homini, sed etiam aliis animalibus. Considerare autē aliquid comparando ad id, quod ex ipso sequitur, esse proprium rationis. Quatenus ergò jus ad justitiam & aequitatem refertur, eatenus est hominis proprium; quando enim ratio humana instinctus naturales tanquam honestati convenientes approbat, tùnc inde oritur in homine jus, quod appellatur naturale, quia natura communis eo nos ducit, ratione, ut ductum eum sequamur, submonente, Vid. *Bolognet. de leg jur. & aequit. cap. 5. & 6. Lopez. animadv. cap. 2. Cujac. ad d. l. 1. §. 3. h. t. Covar. ad c. peccatum de Reg. jur. in 6. part. 2. §. 11. n. 4. Ravard. lib. 1. Var. cap. 1. Pet. Fab. lib. 2. semestr. c. 1. Govean. libr. 1. lect. jur. cap. 19. Matthaeac. d. c. 12. n. 7 & seqq.*

51. Ad hoc jus naturale refertur maris & foeminae conjunctio, liberorum procreatio & educatio. *d. l. 1. §. 3.* Nam *etiam in bestiis vis naturae inspici potest, quarum in foetu & educatione laborem cum cernimus, naturae ipsius vocem videmur audire*, inquit *Cicero extremo l. 3. de fin.*

52. Pertinet huc etiam *defensio*, si nudum violentiae propul-

san-

ſandæ factum introſpicias. Omni enim animali à natura monſtratum eſt, ut vim & quæ nocitura videt omnia, quoquo modo à ſe avertat, de quo extat egregia oratio Pheraulæ apud *Xenophont. lib. 2. de inſtitut. Cyri.* Vide *l. 1. §. cum arietes 11. ff. ſi quad. pauper. l. 45. §. 4. ad leg. Aquil.* Quatenus verò defenſio fit cum modo, ita ut honeſtati & juſtitiæ conveniat, omnique culpa vacet, rectè dicitur eſſe à jure gentium, *l. ut vim 3. ubi Dd. ff. h. t. l. 1. C. unde vi. l. 4. ff. ad leg. Aquil.*

53. Jus gentium eſt, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, unde etiam hoc jus ſæpè dicitur naturalis ratio & naturalis æquitas.

54. Utuntur hoc jure omnes ex æquo gentes, quæ quidem ductum rectæ rationis ſequuntur. Si quæ enim *hoſtium jus & ſacra legationis & fas gentium* rumpant, ut Germanicus ad milites ait apud *Tacit. lib. 1. Annal.* nihilo tamen magis propterea jus gentium mutatur, atque mel deſinit eſſe dulce, eo, quod corrupto ſenſui videatur amarũ. Vid. *Andrõ. Michael. Epheſ. Acciaiol.* & cæteros interpretes ad *d. c. 7. lib. 5. Ethic. & Ariſt. lib. 10. Eth. c. 3.*

55. Porrò ratio naturalis quædã inter homines conſtituit abſolutè & ſimpliciter, ita ut ſemper debeât obſervari, quæcunq; etiam fuerit rerum humanarum conditio; quædam verò conſtituit tum demum, cùm invaleſcente hominum malitia, opportunũ & ſufficiens mediũ cõſervandæ hominũ ſocietati inveniri neceſſum eſſet. Et huic diverſitati oſtendendæ Dd. invenerũt diſtinctionẽ hanc magiſtralẽ, qua jus gentiũ diſpeſcũt in *primævũ & ſecundariũ*, quã licet acriter impugnet *Conſ. lib. 6. Miſcell. cap. ult. & Covarruv. ad d. c. peccatum §. 11. n. 3.* nos tamen docendi cauſa retineri & poſſe & debere exiſtimamus.

56. Jus gentium primævum, finitore *Bartolo in l. ſi quod dominus 64. ff. de condict. indeb.* eſt, *quod fuit eo ipſo, quod gentes eſſe cœperũt, naturali ratione inductũ, abſq; aliqua conſtitutione gentium.* Huc pertinet religio erga Deum, patriæ & parentibus obedire *l. 2. ff. h. t.* fidem ſervare & omnia præcepta Decalogi.

57. Jus gentium ſecundarium eſt, quod gentes humanæ, uſu exigente & humanis neceſſitatibus, ſocietatis humanæ tuendæ gratia, communi ratiocinatione conſtituerunt.

58. Exempla hujus ſunt: diſtinctio dominorum, bella, eorũq; jura,

jura, ut captivitates, servitutes, manumissiones, item contractus, eorumque mensura, nummus, obligationes & actiones.

59. Quod si tamen definitiones Aristotelis, quæ sunt *d. cap. 7. libr. 5. Ethic.* sequi malis, jus gentium secundarium potius ad legitimum seu positivum quam ad naturale jus erit referendum, quia valet ex constitutione hominum, quamvis ad jus gentium secundarium constituendum necesse non sit, homines simul convenire consensus declarandi causa, cùm ratio ipsa singulos seorsim homines id doceat, *Dominic. de Soto lib. 4. de just. & jur. quæst. 3. artic. 1.* Vid. *D. Thom. d. quæst. 57. artic. 2. Ludov. Molin. tom. 3. de just. & jur. tract. 5. disp. 69. num. ult.*

60. Ex mente ergò Aristotelis jus legitimum seu positivum in hunc modum generatim foret definiendum, ut sit tale jus, quod non est homini ingenitũ seu cum eo natũ, sed ex post-facto per ratiocinationem seu discursum propter conditionẽ rerum humanarũ constitutum. Et hoc rursum vel *communiter*, intuitu conditionis humanæ generalis, vel *specialiter* respectu hujus aut illius Reipublicæ. Illud jus gentium secundarium seu jus positivum generale; hoc verò jus civile in specie seu jus positivum speciale dicetur.

61. Jus civile in specie est, quod quilibet populus, quælibet civitas sibi soli constituit propriæ utilitatis causa.

62. Hoc jus oritur ex jure naturali, non tanquam conclusio ex præmissis, sed per modum, ut loquuntur, determinationis & arbitramenti humani. *D. Thom. 1ma 2de quæst. 96. art. 2. Molina de just. & jur. tom. 3. tract. 5. disp. 68.* Est enim quædã quasi mensura juris naturalis, nunc ei addens quid, nunc detrahens, ita tamen, ne in totum ab eo recedat, aut ei per omnia serviat, ut eleganter ait *Ulpian. in l. 6. h. t.* quam benè explicat *Lopez. animadv. c. 4. Cujac. ad l. 1. h. t. sub fin.*

63. Quemadmodum ergò in speculativis sunt principia, quæ nullo aut modico discursu percipiuntur, sunt etiam conclusiones, quæ ex istis principiis deducũtur. Ita in practicis sunt quædam principia quibus sine ulla probatione assentimur, quæque sunt ipsum jus naturale; quædam verò ex illis principiis practicis à legislatore deducuntur velut cõclusiones, per quas principia illa & regulæ universales determinantur, restringuntur & decla-

declarantur pro re nata, pro Reip. diversitate & civiũ moribus.

64. Atque hinc fit, ut jus civile ex iisdem, ex quibus enatum est, principiis, id est, ex legibus naturæ sit interpretandum, ita quidem, ut quàm fieri potest minimum, ab iis recedat. Cæteroquin nõ semper leges civiles ad amussim cum lege naturali cõgruere, res ipsa docet, cum non detur hic vivere cum hominib. perfectis, neq; non habeat Resp. suos quæq; nævos, adeò ut nõ rarò sit civis bonus, qui tamen ipse vir bonus non est, *Arist. lib. 4 polit. cap. 7. & 8. Et ideo* (inquit *D. Thom 2da 2dæ q. 77. art. 1.* ubi de circumventione in pretio emptionis agit) *lex humana non potuit prohibere quicquid est contra virtutem, sed sufficit, ut prohibeat ea, quæ destruunt hominum convictum, alia verò habeat quasi licita, non quia ea approbat, sed quia ea non punit.* Hæc D. Thom. quibus adde quæ ex *Augustin. lib. 1. de liber. arbitr.* affert idem *Thom. 1ma 2dæ q. 91. art 4. Angel. Matthæac. d. lib. 1. cap. 23. Vasq. lib. 1. illustr. Controv. c. 48.*

65. Ita quoq; in administratione Reip. ad conservandũ præsentem statum multa fieri rectè possunt, quæ in se & absolutè spectata, subiniqua forent, & hæc vocatur politicis *ratio status*, de qua peculiarem tractatum scripsit *Boterus*; neque nulla tractat *Scip. Ammirat. lib. 12. discurs. 1. in Tacit. & Canonherius discurs. in Tacit.* ubi prudenter monent, ita conformandam rationem status, ne quid fiat contra jus divinum & religionem, ne manifestò violetur honestas & æquitas, ceu, quod infertur damnum majus sit utilitate, quæ inde speratur, quomodo Athenienses, quorum tamen civitatem multa injustitia opus habere dicebat Aristides, consilium Themistoclis, sibi quidem mirè utile, sed universæ perniciosum Græciæ, rectè repudiarunt, de quo *Plutarch. in vita Aristidis.*

66. Porrò principia ista practica seu leges naturæ vocantur etiam *præcepta juris*, *§. supr. tit. prox. l. 10. §. 1. ff. eod.* quia universum jus nostrum ex iis, tanquam ex fonte, promanavit, & eo rursum debet reduci: quamvis enim in jure nostro multa permittantur, quæ plusculum ab istis præceptis videntur deflectere, ut usuræ, circumventiones in pretio, usucapiones, concubinatus, non tamen ea desinunt esse principia atq; universi juris norma, ex ea, quam jam assignavimus, ratione.

67. Qui verò operosè disputant, cur tria tantum sint juris præcepta: *honestè vivere, alterum non lædere, suum cuiq; tribuere*, non plura, nec pauciora, hi mihi nodum in scirpo quærere videntur; neque enim hic omnia, sed quædam exempli causa, eaque principaliora, afferuntur. *Ideo in lib. leg. Leonis & Constan. Tom 2. jur. Græco Rom. Tit. 1. edit. Freher. pag. 83* omisso secundo, primum tantum & tertium afferuntur, & quidni possis addere consimilia alia, ut: *Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*, & si quæ sunt regulæ universales aliæ, de quarum connexione vid. *D. Thom. 1ma 2dæ qu. 94. artic. 2.*

68. Si tamen aliquam horum præceptorum ab invicem distinctionem requiris, non displicet, ut ea desumatur ex diversitate partium animæ, adeoque eo modo hæc præcepta distinguantur, quo quatuor virtutes cardinales ab invicem discriminant *D. Thom. 1ma 2dæ q. 61. art. 2. Alcinous Introduct. in doctr. Platon. cap. 28. Plotinus Ennead. 1. lib. 2. de virtutib. cap. 1* nempe ut *honestè vivere* referatur ad appetitum concupiscibilem; *alterum non lædere* ad irascibilem; *suum cuiq; tribuere* vero proprium justitiæ officium denotet. Vid. *Vacon. à Vac. libr. 1. declar. 30. Comf. ad d. l. 10. ff. h. t. n. 9. & seqq. Ang. Matthear. lib. 2. cap. 7.*

69. Ex iis, quæ de natura juris quà naturalis, quà civilis hactenus diximus, rectè infertur, jus civile mutabile; naturale verò jus immutabile; quæ enim à natura sunt, eadē sunt apud omnes, sicut ignis ubivis atque omnes urit, *Arist. lib. 5. Ethic. c. 7.* ibique *Interpp.* quo argumento adolescens ille apud *Xenophōt. lib. 5. pæd.* probare nititur, non esse amorem à natura.

70. Hæc tamen ipsa regula limitatione seu explicatione nō una indiget. Est enim jus naturale aliud *positivum*, aliud, quod vocant *negativum*, quorum hoc facilius quam illud mutatur. deinde sæpè fit, ut duæ pluresve leges naturales concurrant, & inter se quasi collidantur, quo casu superior vincit, atque in casu speciali cessare jubet inferiorem; nam hic locum habet, quod eleganter scribit *Quint. l. 7. c. 7. nunquam esse legem legi contrariam jure ipso, sed eas casu collidi & eventu.* Vid. *Hieroclem ad aur. pythag. carm. in vers.* τὸς τε γονεῖς.

71. Præterea variatio eorum, quæ de jure naturali sunt, non fit proter mutationem, quæ in lege naturali contingit, sed propter

pter adventum circumstantiæ, quæ extrahit objectum è numero eorum, quæ lex comprehendebat, ut si is qui gladium apud me deposuit, furore deinde correptus repetat gladium. Vid. *D. Thom. d. quæst. 94. artic. 5. Molin. d. tract. 1. disp. 4. Covarruv. ad cap. peccatum, de Reg. jur. in 6. §. 11. num. 2. seqq.*

72. Nunc relicto jure naturali, de civili jure porrò agamus, quod ideo valere & obligandi vires habere diximus, quia ita sit à summa majestate constitutum. Constituitur autem vel *expresso consensu* vel *tacito*, & quia quod expressa sanctione constituitur, plerunq; etiam scribitur; quod tacitè, non item. hinc jus civile subdividitur in *script. & non in scriptũ, §. 3. h. t. l. 6. §. 1. ff. eod.*

73. Errant ergò, qui divisionem hanc faciunt generalẽ, quasi etiam jus naturale & gentium, sit vel scriptum vel non scriptũ. Nihil enim scriptura facit ad legem naturæ, *quæ non tum deniq; incipit lex esse, cum scripta est, sed tum, cum orta est, orta autem simul est cum mente divina*, inquit *Tullius lib. 2 de legib. in princ.*

74. Neque minus errant, qui scripturam de essentia legis seu juris scripti esse arbitrantur. Quod enim rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de rei ejus essentia nequaquam est, Vid. *Vacon. à Vac. 4. declam. 63. n. 3. Molin. Tom. 3. de just. & jur. tract. 5. disp. 71.*



75. Vix quoque est, ut excusari possit Tribonianus, quando huic divisioni sive probandæ sive illustrandæ, instituta afferẽ Atheniensium & Lacedæmoniorum, *§. 10. h. t.*

76. Parum quoque abest, quin in vitio ponam, quod Tribonianus *§. 3. h. t.* sex recenset juris scripti species, quarum tamen quædam vim juris ab auctore suo non habent, sed à tacita approbatione sive populi, sive Principis. At verò is demum rectè & verè dicitur juris condendi potestatem habere, qui suo jure eam habet, non qui precario.

77. Age ergo, ita rem determinemus, leges constituere non posse nisi majestatem seu supremam potestatem. Quia v. majestas pro diversa Reipublicæ forma nunc penes totum est populum, nunc penes optimates, interdum penes monarchã, distinctionis gratia, quod totus constituit populus, *legem*, quod Optimates, *SConsultum*; quod Monarcha, *Constitutionem* appellari; quamvis re ipsa omnes illæ species nihil sint aliud, quam leges.

78. Romæ quidem statim post ejectos Reges, quia penes patres erat plena majestas, potuit senatus propria auctoritate jus condere, verum simulatq; lege Valeria Publicola fuit data provocatio à senatu ad populum, & Tribunis facultas intercedendi, Senatus consulta vim juris non habuere, utpote censuræ populi obnoxia, qui rescindere ea pro libitu potuit. Occupatâ Reipub. primi Impp. vim principatus sibi firmantes, imaginem antiquitatis senatui præbebant, ait de Tiberio *Tacit. 3. annal.* unde nō nisi cōnivētia ac permissu Imperatorū SCta valuere. Cōcludo e. in Aristocratia, eaq; sola, senatui eē juris cōdēdi potestatē.

79. Atque hinc patet quod Tribon. in § *5. h. t.* originem SCtorum aucto civium numero adscribit, id in dubium meritò vocari: nam quo auctior factus est populus Romanus, eo Respublica magis facta est popularis, adeoque quantum potestatis & juris plebi adjectum, tantum senatui detractum.

80. Plebiscita neque in Aristocratia, neque monarchia, neq; statu populari benè constituto, vim juris habere aut possunt aut debent. Ideoque postquam lege Horatia primum, *Liv. lib. 3.* deinde à Q. Publio Philone Dictatore, *Liv. lib. 8.* demum à Q. Hortensio plebiscitis attributa vis Legum, Respublica Romana migravit in eam formam quæ Democratia dicitur Aristoteli, id est, in statum popularem perversum.

81. Occupatâ Republicâ Romanâ, Juris constituendi potestas, ut & cætera majestatis jura, penes solum fuit imperatorē, qui tripliciter jus condebat, edicēdo, rescribēdo & decernēdo.

82. At privilegia, non tam leges sunt, quam legum ex parte abrogationes. Vid. *Gell. lib. 10. noct. Att. c. 20. Coras. in l. 8. n. 2. & 3. de legib.* neq; tamē privilegia in monarchia tantū inveniūtur, sed & in reliquis statibus; nam & libera Republica populus sæpè quem eximebat nexu legis sive unius sive plurium. Exempla sunt in Q. Fabio Maximo *Liv. lib. 10. c. 13.* C. Valerio Flacco, flamine Diali, *Id. lib. 31. cap. ult. lib. 39. epitom. lib. 50.*

83. Quia in Imperatores transiit *majestas*, sequitur, eos etiam legibus esse solutos *l. Princeps 31. de legib.* civilis quidē omnibus, tam quoad vim directivam quam coactivam; naturalibus verò quoad vim solùm coactivam, quem articulum memini me alio loco tractare accuratius, & in lectionibus nostris politicis, cum Deo, semestri sequēti proximo ubertim hac de re agemus, ne quid præsens hæc nostra dissertatio exuberet.

84. Prætor cum privati tantum juris disceptator & nudꝰ magistratus esset, jus condere seu constituere sua auctoritate non potuit. Vide *Ascon. Pædian. 3. verr.* Cùm v. prætor jus dicẽs, videret ll. 12. tabb. angustis sæpè finib. cõclusas, rigori isti mitigãdo proponebat Edicta, quæ cùm populꝰ Romanꝰ æquitati videret inniti, approbabat, ut ita sequẽtes quiq; prætores populi cõsẽsu & approbatione adeoq; potestate tãtũ precaria, edicta proponerẽt. Vid. *Bellon. l. 1 supput. jur. c. 9. Cuj. recit. solen. ad l. 8. ff. b. t.*

85. Eadẽ ratione *Responsa JCtorũ* referuntur inter juris species *§. 8. h. t.* non quasi JCti ex se habuerint juris condendi potestatem, sed quia populus per approbationem iis tribuebat vim juris, vel quia Imperatores ea confirmarunt, *l. 11. de juris dict. l. unic. Cod. Theodos. de respons. prudent.* Quod autem Augustus publicam dedit de jure respondendi potestatem, id eorum responsis vim legis protinus non tribuit. Vid. *Revard. libr. singular. de auctoritate prudentum, Coras. epistolic. quæst. 6.*

86. Atque hæc de jure scripto dixisse sufficiat. *Jus non scriptũ* hic idem est quod *consvetudo*: neque enim, ut quidam volunt, *æquitas* est hujus juris non scripti species, tum quia hic de jure civili quod ex constitutione seu positione hominum valet, agimus; æquitas autem est pars Juris naturalis, ut supra dictum; tum quia de jure certo nobis hic est sermo, quod scripto aut moribus constare; dubium autem jus æquitatis regula examinari, rectè scribit *Quintil. lib. 12. cap. 3.*

87. Est autẽ consvetudo jus, quod sine ulla sanctione & suffragio tacitè populus probavit rebus ipsis ac factis, *l. 32. ff. de leg.*

88. Unde patet, consvetudini propriè non nisi in statu populari locum esse, quia ibi demum procedit ratio JCti *in d. l. 32. §. 1.* quod etiam animadvertit *Cynus in l. 2. C. quæ sit long. cons. n. 25.* in monarchia enim si quid fecerit populus contra leges, id quamdiu princeps non contradixerit, cum sciret, usurpari quidem potest, non tamen ita, quin semper tollere id Princeps suo jure possit, adeoque id vim juris nunquam habebit, Add. *D. Thom. 1ma 2dæ quæst. 97. artic. 3. resp. ad 3.*

89. Quod autem *Joan. Faber. ad §. 9. num. 11.* existimat, non requiri hic principis consensum, quia hæc potestas semel sit populo per leges data, *d. l. 32. de legib. & l. 9. de just. & jur.* id oppidò insulsum est, quia jura ista de populo libero loquũtur.

90.

90. Consvetudinis requisita Dd. vulgò ajunt esse, rationabilitatem, temporis diuturnitatem, frequentiam actuum & populi consensum, vid. *Mynſ. 6. obſ. 41. Gail. 2. obſ. 31.*

91. Rectius ita dicemus, consvetudinem nasci ex tacito seu præsumpto populi consensu; præsumi autem & probari hunc consensum ex actibus seu exemplis diu usurpatis. Hinc cõsvetudinem δόγμα ἀνθρώπων οὐδενός, ἀλλὰ βίου καὶ χρόνου appellat *Dion. Chryſoſtomus Orat. 76.* ubi alias egregias legis & consvetudinis differentias affert.

1 ult. Cap. 3 lib. 1 Decr. ad minimum 2 actus requirit.

92. Quot vero anni & quot actus ad introducendam consvetudinem requirantur, id nos arbitrio judicis relinquendum dicimus *Menoch. 1 arbitr. qu. caſ. 83. Connan. 1. Com. 10. n 6. Duaren. ad titul. de legib cap. 11. Corraſ. ad d. l. 32. eod num.* 8. Requiruntur enim hæc ideo, ut per exteriores actus multiplicatos interior voluntatis motus & rationis conceptus efficacissimè declaretur, ut ait *D Thom d. q 97 art. 3.* quæ autem sunt ad finem, eorum rationem sumendam ab ipso fine, monet *Ariſt. 2. phyſicor.* & quia iste motus voluntatis etiam declarari potest per actus extrajudiciales, non districtè putamus requirendos actus in contradicto judicio obtentos, vid. *Cyn. in l. 2. C. quæ ſit long. conſuetud. n. 9.*

94. Effectus consvetudinis est, quòd legem scriptam vincat, in illa nempe Republica, in qua summa potestas est penes populum, *d. l. 1. de legib.* in monarchia ergo secus erit, ad quam hactenus consvevi referre, quod scribit *Conſtantinus in l. 2. C. quæ ſi long. Conſuet.* Sed cum nuper vitam Constantini apud Eusebium lectitarem, cogitabam, propius mentem Constantini fore, si dicamus, de ea consvetudine eum loqui, per quã crassi & fœdi errores in Ecclesiam contra verbum Dei invecti sunt, quos eliminare ipse laborabat. Vid. *c. 4. & ſeqq diſtinct 8. item c. 1. & c. 4. diſtinct. 11. Euſeb. de Vita Conſtant. lib. 3. cap. 52. & 55.* Item in *orat. de laudib Conſtantin. D. Thom. d quæſt. 97. art. 3. reſponſ. ad 1.*

95. Postquam de fine, subjecto & principiis jurisprudentiæ actum est, nunc porro, ut in disciplinis practicis fieri assolet, explicanda sunt *media*, per quæ finis ille obtineri debet, & in subjectum introduci.

96. Media autem ista sunt duo: Cognitio ejus quod cujusque est, & deinde ejusdem legitimè obtinendi ratio.

97. Cognoscimus autem quid cujusque sit, tum ex *perſonis*, tum ex *rebus*. In personis consideratur *ſtatus*, qui κατάστασις ἀνθρώπων vocatur in *Synopſ. ſeu Pragmat. Attaliatæ tit. 1.* estque triplex, *libertatis, civitatis, familiæ, l. ult. ff. de cap. minut.*

98. Ex primo statu dividuntur homines in servos & liberos, & hi rursum in ingenuos & libertinos, quæ jam prosequi, uti destinaramus, non licet.

I. N. D. N. J. C.

VINDICIAE ILLUSTRES

DISSERTATIONIS I.

Resp. HIERONYMO POPPIO SVINFURTO FRANCO.

APHORIS. I.

EHEMIUS (ut à bono nomine, omine non infausto, more Censorũ Romanorum lustrum aperiam) *de princip. Jur. lib. 2. c. 1.* aliis quidem verbis, revera tamen non aliter dispescit prudentiam; aliam absolutam vocando, aliam σχετικὴν sive relatam. Cùm enim in praecedentib. *lib. 1. c. 10. pag. 85. & 89.* de prudentia disserens evicisset, uniuscujusq; partis sive facultatis animae (quarũ tres ex sententia Aristotelis & Platonis vulgò constituunt: λογιστικὴν, quâ discimus, resq; apprehendimus & dijudicamus, Latinis, aestimatricẽ: θυμοειδὲς & vim quandam efferam, in qua residet ira, Latinè animosam: & τὸ ἐπιθυμητικὸν ita dictam ab eo, quod in ipsa est vehementissimum, Latinis cupiditatem) duplicem esse perfectionem & actionem: alteram, quae per se & in sua natura spectatae parti: alteram quae ad aliã relatae competeret; & constituisset prudentiam partis λογιστικῆς perfectionem, non quidẽ absolutã, quasi illam unam duntaxat partem afficeret & perficeret: sed σχετικὴν & in relatione positam, quatenus videl. reliquis animae partibus, irae, & cupiditati imperaret: pergit *seq. lib. 2. c. 1.* pluribus de natura prudentiae agere, eandem rursus distinguendo in absolutam & relatam. Illam (quae superius ratione partium animae, quas perficit, relata: hic toto homine, quâ vel in societate, vel extra eam vivit, considerato, absoluta dicitur) vocat, quae cuiq; homini privato, & extra κοινωνίαν sive domesticã, sive civilem posito, bona malave,

malave, utilia & inutilia, commoda & incommoda vitæ cognoscendi, dijudicandi, adipiscendi, fugiendiq; viam commonstrat: quæq; homini naturâ insita est, quâ se, vitam, corpusq; tuetur ac defendit, declinatq; ea, quæ nocitura sunt *Cic. 1. de offic.* Hanc appellat, quæ non in homine uno, sed omninò in societate quadam & congregatione hominum inter se cernitur, dum investigatione & præparatione eorũ, quæ ad societatis conservationem sunt proficua, eandẽ custodire & conservare nititur *pag. 121.* Quæ duo, ut apparet, re & subjecto, quod utrobiq; est homo, à se non differunt, sed ratione duntaxat adjuncti & modo considerandi, perinde ut virtutem in genere, à Justitia legali discernit *Autor inf. Aph. 23.* Illud hic notandũ: Autorem verbo generali, prudentiæ communis, intelligere ejusdem speciem principaliorem, quæ propriè Politica & Civilis appellatur, separaturq; ab altera specie Oeconomica, quam utramq; suo ambitu illa πολιτικὴ sive relata complectitur.

Aphor. 2. ISTA specialis nostra Politica prudentia, ratione officiorum in diversa abit membra, & nomina. Etenim quia omnis Respubl. legib. & rectâ rerũ gerendarum administratione conservatur; idcirco alia est prudentiæ pars, quæ in legibus condendis occupatur: alia quæ in iisdem applicandis. Illa, quoniam universæ Civilis societatis incolumitatem respicit, & solùm θετικῶς quid agendum, omittendumve sit, præscribit, ἀρχιτεκτονική, regia, & universalis prudentia dicitur, quippe quæ per se nihil quicquam agit, sed tantùm inferioribus artibus & scientiis, quatenus Reipubl. comodo inserviunt, imperat. Altera, quæ ad nutum hujus superioris jussa legum exequitur, ab Aristotele particularis, & nomine generis πολιτική vocatur, & potissimùm in magistratu, & iis, q Remp. administrant, conspicitur. *Ebem. d. lib. 2. c. 4.*

Aphor. 3. Hujus particularis (ita dictæ ratione ἀρχιτεκτονικῆς, cùm per se & ipsa universam Rempubl. concernat) iterũ tres sunt functiones separatæ, benè imperare, rectè consultare, & justè judicare. Prima appellatur IMPERATORIA, & magistratui quâ authoritate summa pollens executioni decreta mandat, competit: altera dicitur ORATORIA, quæ de utilitatib. publicis ac Reipubl. cõmoditatibus de bello ac pace, fœderibus & legationibus ut & cõmerciis deliberat, & spectat ad Senatũ. Tertia pertinet ad Judicia,

dicia, quæ ꝑpter hominũ improbitatem & malitiã maximè sunt necessaria, ut hac ratione modestè & legũ jussis convenienter se gerentibus præmia & honores, præfractis verò & immorigeris pœnæ decerni & irrogari possint & JUDICIARIA vocatur *Arist.* 4. *Polit.* 14. Atq; est JCtorum prudentia propria

Aphor. 4. Ista prudentiæ munia universa licèt JCtus rectè & cum laude possit obire, nullum tamen istorum, hujus, quà talis, est proprium, sed ex accidenti fit, si quandoq; JCtũ Reipubl. clavum tenere, aut de utilitatibus publicis consulere contigerit. In Judiciaria autem facultate, officiũ JCti potissimùm refulget, & in ea quidem Repub. in qua omnia non liberè & manu regiâ, sed juxta normam & præscriptum aliquod, h. e. leges gubernantur. Cùm enim custodes legum sive magistratus, suum cuiq; jus secundùm legum præscripta tribuere teneantur: istæ autem vel ex qualitate legislatoris, qui homo est, nec omnes casus prævidere potest: vel ex sua natura, dum generales sunt, nec singulas actiones & facta singularia complectuntur *l.* 1. *&* *l.* 8. *ff. de ll.* omnibus casibus æqualiter sine vitio applicari nequeant, *Arist.* 5. *Ethic. cap.* 10. necessariò igitur requiruntur periti, qui ex generali ratione legis mentem Nomothetæ solerter rimari, & investigare, cognitamq; factis attemperare, & sic interpretando legum vitio mederi sciant, *l.* 12. *& seqq. ff. de ll.* quod ipsum est JCtorum officium proprium *l.* 11. *C. de advoc. diverſ. jud.* cui non obloquitur *l.* 1. *&* *l. ult. C. de ll. c. inter alia* 31. *de sentent. excomm.* ubi legum interpretatio soli Imperatori tributa creditur. Varias namq; ad dd. ll. responsiones ex *Gl. Br. Salic. Capoll. & aliis* congessit *Val. Gvil. Forst. in præfat. tract. de Interpr. Jur. pag.* 3. *& seqq.* ex quibus haut postrema est, quam *Author infra Aphor.* 7. proponit: cui hæc, quæ mihi magis placet, potest addi: Imperatori scilicet & aliis, qui Jurisdictioni præsunt, licere leges etiam quoad Scripturam illibatas, & integras, quarumq; sententia aperta est & plana, si tamen paululùm duriores apparuerint, corrigere, iisdemq; derogare, imò totas penitus abrogare *l.* 32. *C. ad l. Jul. de adult. l. un.* §. 1. *&* §. 4. *C. de Caduc. toll. l. fin. C. de legat. infr. Aphor.* 10. JCto autem non item, sed ejusdem officium expirare, quando de mente legis licèt quoque prædura videatur, constiterit *l.* 18. *ff. de ll. &* *l.* 12. §. 1. *ff.*

qui & à quib. man. lib. Uno verbo: denegatur ibi JCto autentica interpretatio, quæ & ipsa vice legis sit, non autem doctrinalis, quæ ex arte & doctrina juris eruitur. *Henric. Beß. Diß. ad n. 1. th. 5. pag. 26.* Quo tamen ipso, si lex aliqua forte an corrupta liquidò apparuerit, ejusdē restituendi & emendandi facultatem JCto tributam, vivacissimisq; rationibus assertam à *Magnific. & Nobilißimo Dn. Friderico Hortledero, Patrono ac Promotore meo summè colendo in tr. de Concurs. act. c. 9. per totum*, nequaquam eidem detractam & denegatam cupio.

Aphor. 5. Dum hactenus Jurisprudentiam, propriè ad Judiciariam partem retuli; nunc videndum est, quid argumentis, quibus alii cum *Dn. D. Riemero Dec. 1. q. 1.* nomothesiam quoque ad eandem referre conati sunt, responderi possit. *Primò igitur non obest*, quòd indeterminatū finem nostra Romana Jurisprudentia habeat ex mente quorundam salutem populi Romani, ac proinde non judicare solùm, sed etiam legem condere debeat. ℞ enim malè confundi administrationem Reipub. generalem, quæ omnimodò salutem suæ Politiæ spectat, cum certa quadam ejus functione, quæ certò tantum modò, nimirum vel leges condendo, sive de iis deliberando, vel etiam easdem interpretando eódem respicit. Primum, ut ex superioribus liquet, solius supremæ potestatis sive majestatis: alterùm Senatus: tertium verò JCtorum proprium est. Singula, non unâ aliquam tantùm Reipubl. portionem, sed integram societatem civilem, suâ tamen certâ & limitata actione concernunt: omnia autem ad administrationem concurrere debent. Hinc deniq; sequitur, quod illi ex falsa hypothesi inferunt: Reipubl. nostræ Romanæ administratorem non solùm judicare, sed etiam leges ferre posse. *Angel. Matthaeac. lib. 1. de via Jur. cap. 3. n. 5.* *Deinde non etiam movet*, quòd Princeps ipse Jurisprudentia imbutus esse debeat. *l. 11. C. de his quib. ut indign.* Resp. enim nec me negare, quin tres istæ functiones in uno aliquo subjecto simul existere possint: sed hoc solùm, quod malè Jurisprudentiæ in se spectatæ tribuatur Nomothesia: cùm Princeps Philosophiæ plenus, leges sanciat, non quà Juris præcepta callet, (quamvis eorundem cognitio non parum & ornamenti & adjumenti eidem afferat.) sed quatenus supremâ potestate præditus est: *Magnific. Dn. D. Franzk. Ex. 1. q. 2.* ne alias

aliàs juris imperitorum Principum legibus & constitutionibus cùm destituantur sua causa, videl. Jurisprudentia, vim obligandi adimere voluerimus. *Minùs obstat*, quod in ll. nostris non solùm Judiciariæ, verùm etiam Nomotheticæ facultatis fiat mentio, quò flectunt *l. 1. & l. 12. §. 1. C. de ll.* Resp. enim admodùm infirmam esse collectionem: mentio hujus vel illius fit in Jurisprudentia, Ergo ad eandem pertinet, siquidem hac ratione innumera, *v. g.* novisse Deum trinunum, cujus meminit *l. 5. §. 1. in fin. C. de summ. Trin.* non duas sed unam in Christo esse personam *l. 6. §. 1. in fin. d. t.* Deiparam semper permansisse virginem *l. fin. C. d. t.* & similia, non sine turpissima Theologiæ & Jurisprudentiæ confusione, ad Jurisprudentiam essent referenda. Et hoc minùs, priùs illud sequitur, quò apertiùs & longiùs à JCto Nomothesia removetur, ut fit *in dd. ll.* quippe in quibus disertè legis condendæ potestas soli magistratui non JCto assignata legitur: junge quæ subantea *ad aph. praeced.* notavi. *Deniq; nihil contra nos facit*, quod JCtos hinc inde legum & Juris Conditores, & authores sæpiùs appellatos reperiamus, utputà *in l. 23. C. de procur. l. 25. C. de nupt. l. 1. C. de commun. serv. manum.* Resp. enim illud accipi & intelligi posse *vel. 1.* de Prudentum Responsis, quæ non quidem per se, sed vel tacito populi consensu & approbatione, vel successu temporis, Imperatorum peculiari concessione, legis vigorem obtinebant juxt. *aph. 85. Dd. ad §. 8. J. de J. N. G. & C. Bachov. part. 1. ff. t. de resp. prud. pag. 60.* vel *2.* dici potest, non ineptè hoc quoq; respectu Juris autores dici posse JCtos, quatenus jus dubiũ & ambiguum interpretantur, & quod antè ambiguitatum involucris opertum non apparebat, idem solerti indagatione evolutum, quasi novum producunt *Mynsing. ad §. 5. J. d. t. de J. N. G. & C.* Quin & adhuc alio sensu, Edicti perpetui Conditor, dicitur Salvius Julianus *in l. 2. §. 18. C. de Vet. Jur. Enucl. l. pen. C. de Condict. indeb.* ideò videl. quoniam authoritate Imp. Hadriani, Edicta Prætorum, quæ Cornelius Tribunus plebis fecit perpetua, uno libello collegit *Rittershus. ad §. 7. J. d. t.* Tandem ut verum fatear, non video, quomodo dissentientes sequiori isthac sua sententiâ positâ, nobiscum infrà *ad aph. 9. l. 20. ff. de ll.* explicare possint, ita: quasi Nomotheta certam quidem veram & propriam hujus vel illius constituendi rationem sciat; JCtus autem non item:

 cùm

cùm huic sufficere debeat, si juris constituti rationem saltem probabilem reperire potuerit: nisi eo ipso JCtum in duas partes diffindere, & nescio quid monstri, quod jam veram actionis suæ noverit rationem, mox verò quasi guttula ex flumine Lethes attactâ sui prorsus oblitum, vix magno labore probabilem ejus ipsius possit reddere causam, ex eodem efficere velint. Firmo igitur adhuc stat pede superior nostra assertio.

Aphor. 6. Illud hic monendum est paulò pinguiùs rationem & sententiam pro iisdem haberi, cùm ea utiq; differant tanquam causa & effectus, & per rationem demum ad sententiam legis perveniamus, ut *infr. ad Aphor.* 14. videre licet.

Aphor. 7. Antequam verò Princeps adeatur, quæ in obscurioris legis explicatione sint partes JCti, paucis declarandum est. Obscuritas autem omnis sententiæ oritur, vel ex ambiguitate singulorum verborum, vel ex structura orationis integræ, vel deniq; ex naturæ incertitudine *Donell. 1. Còm. c. 15. Val. Gvil. Forst. d. tr. de Interpr. Jur. lib. 2. c. 4.* Primo casu videndum, ne sit aliquis tropus & figurata locutio, ac proinde indaganda verborû significatio propria, ab eâq; non est recedendum *l. 69 pr. ff. de leg. 3. l. 1. §. 20. ff. de Exercit. act.* cùm non sit putandum, quenquam (inprimis verò Nomothetam religiosissimum proprietatis verborum observatorem *Cujac. ad l. 8. & seq. ff. de Excus. tut.*) quicquam fore prolaturum, quod mente non agitaverit *l. 7. §. 2. de Supell. legat.* nisi aliud (quod pro limitatione hujus regulæ tenendû est) fortè ex præcedentibus, ut *in l. 23. ff. de hered. petit.* aut consequentibus *velut in l. 1. ff. de bon. eor. qui aut. sent.* colligi possit: aut vitiû insit ipsi propriæ significationi, dum vel legem reddit inutilem & supervacuam contra *l. 5. in fin. ff. de capt. & postl. rev.* exemplum vide *in l. 109. pr. ff. de leg. 1.* vel rei propositæ ineptâ: tunc namq; interpretatio ea accipienda est, quæ rei gerendæ est aptior *l. 67. l. 172. ff. de R. J. l. 80. de V. O. l. 4. ff. de usur. l. 15. §. 4. ff. Loc. conduct.* quandoquidem semper eò laborandum est, ut actus potiùs valeat quàm pereat *l. 12. & l. 21. ff. de reb. dub. l. 83. §. 1. ff. de Verb. Obl.* exempla parent *in l. 3. §. 13. junct. l. 5. §. 3. ff. de itin. actuq; priv.* aut etiam honestati quippiam contrarium suadeat *l. 4 §. 2. ff. de in jus voc. junct. l. 10. §. 7. ff. de gradibus & affin.* aut denique consuetudo, quæ optima legum dicitur Interpres *in l. 37. & seq. ff.* de

de ll. sit in contrarium: nec enim mutanda sunt, quæ interpretationem semper certam habuerunt. *l. 23. ff. d. t. de ll.* Altero casu, quando in pluribus conjunctis est ambiguitas, & structura orationis dubium facit, quidnam ad quæ referri debeat, eam interpretationem JCtus sequitur, quæ vitio caret *l. 19. ff. de ll.* Exemplo sit *l. 1. ff. de Const. Princ. & §. 6. I. de J. N. G. & C.* ibi: *ei & in eum omne imperium.* Etenim dum vox posterior (*eum*) æquè ad Principem ac ad Populum Rom. posset referri; & verò si de Principe acceperimus hoc sensu, quasi Principi in semetipsum populus Romanus concesserit potestatẽ, absurdè & contra *l. 54. de R. J.* sequeretur: posse quem in alium transferre, quod ipse non habet; siquidem Populus nunquam in Principem habuerit imperium: ideoq; rectiùs putarunt illud relativum posterius de populo exaudiendũ esse, hoc sensu: quod populus concesserit Principi potestatem, non in provinciales modò, & sibi subjectos: verùm etiam in semetipsum populũ *Donell. d. lib. 1. Comm. c. 15. Duar. lib. 2. Disp. 19. Eberlin. in l. 2. de O. J. c. 11. n. 5. Val. Gvil. Forster. d. tr. lib. 1. c. 2. n. 33. Coras. ad h. l. 1. n. 7.* Deinde hoc in casu eam amplecti debet interpretationem JCtus, quæ mitior & benignior est *l. 18. ff. de ll. l. 155. §. ult. de R. J.* exemplum præbet *l. 2. §. 2. ff. de decur. l. 39. §. 1. ff. de hered. petit.* Ultimo tandem casu, quando per naturam incertum est quid fieri possit, illud intueri debet Interpres, quòd non admodùm rarò evenire solet. Exemplum illustre ponitur *in l. 3. ff. si pars hered. pet. & l. 28. §. ult. de Jud.* ubi Juris authores posthumorũ utilitatis studiosi, non quot non nasci, sed quot nasci possunt, spectàrunt, eoq; modo hereditatẽ distribuere, ut omni casu posthumorũ utilitati optimè consultũ appareret *Donell. d. loc. in fin.* ubi plura ad hanc rem elegantia proponit. Verùm istis jam dictis ll. graviter videtur adversari *l. 30. §. 6. ff. de acquir. vel omitt. hered.* ubi in partem dimidiã heres admittitur reprobatâ sententiâ Juliani, q in quartã, juxta *dd. ll.* eund. vocavit. Respondent hîc alii: Dissidiũ esse quoad hanc quæstionẽ inter JCtos, & alteram sententiã duntaxat historicωs referri, ut hac conciliandi ratione complures JCti uti consueverunt *teste Val. Gvil. Forst. tr. de Interpr. Jur. lib. 1. c. 5. Ampliss. & Excellentiss. Dn. Ungep. doctore meo ætatem devenerando Exerc. 5. q. 8. & q. 10.* Ego hac solutione rejectâ, distinguerem cum Gothofredo *ad d. §. 6. l. b.* inter certitu-

dinem

dinem quoad hominem, & quoad naturam per *l. 38. ff. de reb. cred. & §. 5. I. de V. O.* ut nimirum, si ad judicem pervenitur, quò is certâ in casu uteri prægnantis relicti sententiam ferat, non possit is secundùm illud, quod in natura quidem certum est, sibi autem non constat, sententiam ferre, sed cogatur, usq; dum veritas apparuerit, medium aliquod in hujuscemodi terminis eligere, quò refero *d. l. 3. & d. l. 28.* per verba *d. l. 28.* finalia. Secus verò se habeat, si tàm per naturam, quàm etiam judici certum est, non posse plures nasci quam unum (*quod post certum tempus conceptionis fieri potest, d. l. 30. §. 6.*) ut tum huic unico dimidiatam hereditatem rectè adjudicet. Et hæc interpretationis species DECLARATIVA à Dd. solet appellari.

Aphor. 9. movit ratio.) Ex aliis differentiis, quas inter Legislatorem & JCtum statuit *Ehemius lib. 2. de princip. Jur. c. 5.* hæc non est postrema: quòd Nomotheta rationem omnium legum noverit veram, immediatam & primam; JCtus autem saltim probabilem & conjecturis verisimilibus constantem, id quod ipsum nomine Jurisperiti indigitari autumat, qui sic appellatur à peritia quàm iste definit: *solertiam quandam probabiliter rem investigandi & cognoscendi*, per locum quendam *Arist. ex lib. 1. de Part. Animal.* ubi hactenus peritiæ scientia opponitur; cui addo *pr. I. de J. N. G. & C.* ubi Imper. dicit: *etiam cætera animalia Juris peritiâ censeri*, hoc est, qualitercunq; juris quibusdam simulacris prædita, quo de *infra ad aph. 50. & Nov. 66. c. 1.* ubi etiam peritia Juris exigitur à tabellione, quæ sanè etiam exigua sufficit. Hinc licèt non omnium legum ea ipsa ratio, quæ legislatorem permovit, à JCto possit assignari, inde tamen nequaquam sequitur, quin optima ratione istæ nitantur; sed quòd saltim ignorentur, uti probè *in l. 20. ff. de ll.* arguit *Anton. Fab. & Alber. Gent. 2. Lect. c. 2. Magnificus & Nobiliß. Dn. D. Arumæus Promotor & Præceptor meus jugi honoris cultu mactandus Disp. Pand. 1. th. 7.* vitium proinde non legis est, sed nostræ imbecillitatis si quando ejusdē rationem reddere non possumus. *Connan. 1. Com. 8.* Quod verò *in d. l. 20.* subjicitur: *rationes inquiri non oportere*: id sic accipiendum puto, quòd Juri constituto nihilominus obsecundare teneamur, licèt rationem ejus nullam invenire possimus *arg. l. 12. ff. qui & à quib. man. lib.* cùm sibi nemo quisquam tantum arrogare debeat, ut se legibus

bus sapientiorem esse velit. *Muret. ad d.l.20.* Plurivarias alias hujus legis interpretationes suppeditat *Hillig. ad Donell.1.Comm.c.13. lit. H. & I. & Val. Gvil. Forst. d. tr. lib.2.c.1. §. do causam n.2.*

Aphor.12. Potiora hujus extensivæ interpretationis argumenta sunt: 1. RATIONIS PARITAS non identitas. Tunc enim propriè interpretatio extensiva dicitur, quando ob paritatem, & similitudinē rationis, ex mente legislatoris, verba legum ad alia quoq; specie differentia, de quib. nulla mentio injecta est, porriguntur *v. gr.* si ab actib. inter vivos, ad actus mortis instituitur collectio, ut fit *in fin. tit. J. de L. Fus. Canin. toll. l. 17. de R. J.* aut vicissim à Contractib. ad ultimas voluntates *l.46. ff. de pact. l.24. ff. de Cond. & dem.* aut si lex homicidā puniens trahitur ad mandantem *l. 15. §.1. ff. ad L.Corn. de Sicar. l.7. §. fin. ff. de Jurisdict.* non verò quemadmodum *Donell.1. Comm. cap. 14. per l. 32. ff. ad L. Aquil* perperam existimat, quoties eâdem ratione plures casus deciduntur; cùm illi casus diversi, non tàm per extensionem, quàm genuinum rationis intellectum comprehensi, *l.6. ff. de V. S. Dd. communiter ad Auth. Quas actiones C. de SS. Eccles.* ac ut species suo generi inesse videantur *Hillig. ad Donell. d. loc. Forst. de Interpr. Jur. lib. 2. cap.2. § 1. num. 21.* quò pertinet regula: exempla non restringunt nec ampliant regulam, sed declarant, *l.19. pr. de instruct. & instrum. leg. l. 30. §. fin. ff. de damn. infect.* ut verissimum sit hac in parte Bachovii *ad Tr. vol.2. Disp.12. th. 7. lit. D.* judicium, quando ait: *pro extensione habendum non est, quod ex mente & ratione legis sequitur.* Cujus differentiæ hæc est utilitas, ut si ex ipsa ratione legis cuipiam quippiam competit, tunc locum habeat auxilium directum *arg. l.3. pr. ff. de legit. tut. l. 1. & 2. ff. de præscript. verb.* sin ex interpretatione JCtorum ob rationis paritatem, tunc utile duntaxat *l. pen. ff. si quadrup. paup. fec. dic. l. 41. de pignor. act. l.11. ff. d. t. de præscr. verb.* Una igitur extensionis causa est paritas & similitudo rationis, cujus exempla aliquam multa hic adducit autor, quæ facilè, exceptâ unicâ *l.32. ff. ad L. Aquil.* admittere possum, illisq; prætereà addo *d. l. 11. de præscr. verb. l.29. §.5. ff. de lib. & posth. l. 14. ff. ad SCt. Maced. l. fin. C. de Constit. pec. l. fin. C. ad L. Falcid. l. fin. C. de SS. Eccles.* Secundò fit quoq; extensio EX CONTRARIIS, ut lex quæ de re qua-

Interpre Extens

dam aliquid expressè statuit, in re contraria contrariũ velle præsumatur *l. 1. pr. verf. hujus rei fortissimũ ff. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* Sic quando intra certum tempus lex quid fieri permittit, eo elapso censetur idem denegare *l. 22. ff. de ll. l. ult. C. de temp. in int. rest. l. 5. C. ad L. Jul. de adult. l. 5. C. de injur.* Hinc nascuntur regulæ: In contrariis contraria disposita putantur *d. l. 1. ff. de off ejus cui. l. 34. & seq. de vulg & pup. substit.* contrariorum eadem est disciplina, ut uno cognito facilè cognoscitur & alterum *arg. pr. I. de his qui sui vel al. jur. pr. I. de tutel. §. 3. I. de oblig. ex del. l. 1. §. 5. ff de prætor. stipul. l. 8. ff. de accusat. l fin. C. de calumniat.* de cujus posterioris regulæ sensu vero & genuino consule *Bachov. ad d. pr. I de his qui sui vel. al.* Tertium argumentum desumitur à CONSEQUENTI, videl. quòd prohibito consequenti, intelliguntur etiam antecedentia, ex quibus illud proximè & necessariò sequitur, prohibita *c. cùm quid una 84. de R. J. in sexto.* ne alioquin quocunq; modo legi fraus fiat, eiq; illudatur contra *l. 29. & seq. ff. de ll. l. 5. C. eod.* nihil enim interest, recta an obliqua via eò, quod lex fieri prohibet, pervenias. Hinc prohibitâ rei alienatione, ejus quoq; oppignoratio interdicta censetur *l. fin. C. de reb. alien. non alien.* quia per pignoris nexum ad rei distractionem pervenitur *tot. tit. ff. & C. de distract. pign.* videatur *l. 7. §. 1. ff. qui & à quib. man. lib. l. 5. pr ff. donat inter vir. & ux. l. 3. § 3. in fin. l. 7. §. 3. ff. ad SCt. Maced. & l. 8. §. 14. ff. ad SCt. Vellej.* Plures extensivæ interpretationis causas collegit ex *Stephan. de Phedcr. Forst. de Interpr. Jur. lib. 2. cap. 2. §. 1.* Verùm hæc extensionis materia uti sublimis est, & frequens, ita periculi plena justè dicitur à *Capoll. in tr. de Interpr. Jur. extensiv. in præfat. circ. fin.* quandoquidem in hoc ratiocinandi genere, sæpiùs turpissimè JCtos hallucinantes deprehendimus *ex l. 83. §. 1. & §. 5 ff. de V. O. l. 2. ibi: quod non est simile ff. de Jur. dot.* ut appositè huc transferre queam illud *Pauli in l. 91 §. 3 de verb. obl. plerunq; sub authoritate juris scientia in hoc genere perniciosè erratur.*

Aphor. 13. Circa exorbitantiũ legũ interpretationem, an eam extensivè liceat facere, variè distinguit *Nic. Everb. in Topic. loc. 79. à n. 41. usq; ad n. 55.* idq; expressè pmittit *Constant. Roger. de Jur. Interpr. p. 120. Coras. part. 4 de Jur. Civ. in art. redig c. 4.* Verùm ab autoris & Dd. com. regula negativa, quâ verba legũ exorbitantium

in

in suo proprio significatu, & propriis terminis intelligi & explicari volunt, non recedendum videtur, tùm propter *l.* ab Autore hîc citatâ, tùm propter *c. quæ à Jure cõm. 28. de R. I. in 6. ibiq. Phil. Franc. l. 141. & l. 162. ff de R. I.* Hinc licèt eadẽ in rusticis, & senibus possit esse imperitia & magis lubricũ consiliũ: ob identitatem tamen rationis, ad eosd. privilegia minorib. & fœminis indulta nõ porriguntur: *nec obest*, ꝙ iis q Reipub. causâ absunt, & restituendorũ minorũ successorib. idem restitutionis beneficiũ tribuatur *l. 6. ff. de in integ. rest.* ꝗ. *enim* id non fuisse factũ per Jurisconsulti interpretationẽ, sed eorũ ipsorũ, qui hoc minorib. concesserant, nimirũ Prætorũ, dilatationem *l. 7. ff. d. t.* qui utiq; quemadmodũ hoc remediũ introduxerant, ita idem ampliare poterant *arg. l. 21. ff. de R. I.* Sic quoq; beneficiũ, ꝙ vocant competentiæ, marito tributũ, heredib. sive suis, sive extraneis non conceditur *l. 12. l. 15. §. 1. ff. solut. matrim.* ne utiliter quidem *l. 64. §. 9. ff. eod.* ubi notandus est lapsus Gothofr. dum *in d. l. 12. lit. G.* distinguit inter suũ & extraneũ heredem, deceptus *l. 18. eod. tit.* cùm tamen ibid. casus planè specialis habeatur, de herede mariti, qui simul est filius uxoris, quæ dotem repetit, in quo certè non consideratur an emancipatus sit, nec ne, sed solùm, ꝙ filius sit cõmunis *Connan. 8. Com. c. 9.* Plura hujus nostræ regulæ argumenta & exempla, præter ea, quæ hîc Autor cumulat, sunt conspicua *in l. 45. ff. de recept. arb. l. 7. ff. de Except. l. 2. C. de ll. l. fin. C. de interdict. matr. int. pupill. & tut. & l. 35. vers. sed cum ff. de O. & A.* Singulare igitur jus etiamsi similitudo ad alia porrigi postulet, quàm poterit maximè est constringendum *Cujac. ad d. l. 141. ff. de R. J.* Nec quicquã contrariam sententiam juvat *l. 15. ff. de reb. cred.* ubi singularia in duabus personis recepta, in una quoq; eademq; recipienda Ulpian. statuit. Ad quam *l. respondent alii*, audentiorem hac in parte fuisse Ulpianum: religiosiorem verò Juris Africanum *in l. 34. ff. mandat. Cujac. in tract. ad Afric. edit. minor. fol. 477. majori vero 547.* eumque à cæteris JCtis etiam à Paulo nostro *in l. 14. ff. de ll.* dissensisse *Val. Gvil. Forster. de Interpr. Jur. lib. 2. cap. 2.* Cæterùm ubi cortice verborum detracto, radicem ipsam utriusque legis tàm *d. l. 15.* quàm *d. l. 34.* secteris, nulla Ulpiani vel justâ major audacia, vel à Paulo divortium apparebit. Non illa: quia *Africanus in d. l. 34.* ibi: *nec huic simile*: æquè ac Ulpianus faciliorem

 bre-

brevis manus fictionem in una persona; quàm in duabus admittit, licèt in suo casu tanquã prorsus alieno & diverso ab eo, quem Ulp. proponit, ne in duabus quidem fictioni locum facere velit, aut certis rationibus (dum nimirum fictioni deficiebat terminus habilis à quo; sicubi procurator iste, quem brevi manu dominium transferre oporteret, nec dominus istius summæ extiterat, nec possessionem ejus à debitoribus nactus erat, adeoq; nec L. Titio suo principali eam acquirere *l. 54. de R. J.* nec dominium adferre §. *1. I. per quas pers. cuiq. acquir.* ac consequenter, nec à se in alium per fictionem idem transfundere poterat) præpeditus queat. Non hoc, quia singulare, quod receptum erat circa mutuum non latiùs dilatavit Ulpianus, sed rectè duntaxat explicuit. Nam cùm aliàs mutuum secundùm naturam suam numeratione contrahatur *l. 1. §. 2. ff. de O & A.* ex datione & re initium & substantiam capiat *pr. I. quib. mod. re contrah. obl. l. 1. ff. de rer. perm.* videbatur summo Jure & stricto, mutuum inter nos non contractum, quando me jubente debitor meus pecuniam mihi debitam tibi numeraret. Illud igitur utilitatis & commerciorum juvandorum causa singulare receptum est, ut pro vera datione talis ab alio facta numeratio haberetur. Quod ipsum certè non ad alios & similes casus Ulp. trahit, sed quibus modis ista ficta numeratio fieri possit, declarat. Hinc congruè *Marc. Lyckl. à Nyeholt. lib. 2. membr. Ecl. 1. pag. 159.* Benignè recepta, ait, ad casus planè & omninò similes producere, non est producere in consequentiam aut ad casus alios: *& Val. Guil. Forst. de Interp. Jur. d. lib. 2. c. 2. §. 3. in fin.* extensio, inquit, non censetur, sed comprehensio, quando propter majoritatem & identitatem rationis, uti hîc, casus varii ex jure exorbitante deciduntur, per ea, quæ habet *Steph. de Pheder. de Interpr. Jur. part. ult. pag. 178.*

Aphor. 14. Quamvis generaliter dicta generaliter debeant intelligi *l. 1. §. 1. de leg. præst. l. fin. C. de dot. prom.* & à verbis legis etiamsi durum quid importent, non sit facilè recedendum *l. 12. §. 1. ff. qui & à quib. man. l. 66. de V. O.* ac proinde, uti quidem videtur Alberico de Rosate *in tract. de Statut. p. 1. q. 9.* omni restrictiva interpretatione abstinendum: nobis tamen cum *Coras. in d. tract. p. 4. & seqq. Nicol. Everhard. in loc. Top. 78. & aliis*, ubi manifestè plus dictum, quàm intellectum apparet, sequior sententia

tia magis arridet, videl. hoc casu ad mentem dicentis verba licèt generalia, maximè temperanda & coangustanda esse *per l.7. in fin. ff. de supell. legat. l. 41. §. 1. ff. de jur. dot. l. 5. C. de ll. l. 17. ff. eod. l. 6. cum 2. seqq. & l. 29. pr. ff. de pign. & hypoth. l. 77. §. 20. l. 86. pr. de leg. 2. l. 6. §. 2. ff. de Jur. patron. l. 13. ff. de re milit. l. 9. ff. de Servit. l. 115. de V. S. c. 81. de R. J. in 6.* Deprehenditur autem mens verbis angustior 1. *ex ipsa lege*, de cujus interpretatione quæritur, & quidem PRIMÒ *ex alia ejusd. parte*, quæ vel præcedens, vel subsequens generalitatem regulæ determinat, siquidem in toto jure nostro generi per speciem derogetur *l. 80. ff. de R. J. c. 34. de R. J. in 6. l. 99. in fin. de leg. 3. l. 41. de pœn.* exempla partis subsequentis restringentis suggerit *d. l. 7. §. 1. & 2. ff. de supel. leg. l. 20. ff. de reb. cred. l. 1. ff. de bon. eor. qui aut. sent. l. 20. §. 6. juncta l. 23. quæ est ejusd. Ulp. ex eod. lib. ff. de hered. petit. l. 1. pr. junct. § 6. & § 33. de vi & vi armat.* partis verò præcedentis *l. 10. C. famil. hercisc. l. 9. §. 7. & l. fin. ff. de hered. inst. l. 134. §. 1. & §. fin. ff. de V. O.* plura collegit *Steph. de Pheder. de Interpr. Jur. part. 1. pag 54. & part. 3. pag. 137.* Huc spectat regula *l. 24. ff. de ll.* Incivile est, nisi totâ lege perspectâ, de particula aliqua ejusdem judicare. 2. *Ex ratione ejusd. legis* angustiore: Nam quia juxta superiora mens potior est quàm vox dicentis, & ratio legis ipsum jus *à Gl. ad l. 2. verb. aut legem. C. quæ sit long. consvet.* imò radix, anima, spiritus, mens, medulla, & gubernaculũ legis hinc inde à JCtis appellatur: ideoq; meritò potiùs rationi quam verbis inhæremus, & voluntati atq; menti adsistimus adversus scriptum *l. 13 §. 2. ff. de Excus. tut. ibiq; Bald.* Exempla magno numero hic adducit autor: illud notandum est, tum demum hoc licere, quando ratio legis plana est & aperta: in re enim dubia, melius est ut Edicti verbis serviamus *l. 1. §. 20. ff. de Exerc. act.* cùm ea præsumatur legis sententia, quam verba demonstrant *d. l. 7. de supell. leg l. 12. l. 127. in fin. de leg. 1. l 34. in fin. de leg. 2. l. 19. l. 101. §. 2. de condit. & demonstr.* Huc referunt regulã: Limitata causa producit effectum limitatum fabricatam ex *l. 16 ff. de A. R. D. l. 2. ff. de his quæ in testam. del. l. 3. ff. ex quib. caus. infam. irrog* obiter hîc observare licet, quàm turpiter ineptiant illi, qui rationem legis nonnunquam facti esse, non juris existimant *per l. 9. §. 7. ff. de pecul.* cùm tamen JCtus nunquam de

facto, sed de Jure respondere dicatur *l. 32. princ. ff. de usur. l. 79. ff. de Judic. l. 20. §. ult. ff. de instr. & instr. legat.* SECUNDÒ cognoscitur sententia verbis angustior *aliunde* & 1. *Ex alia aliqua lege:* quando lex loquens generaliter, per alias ll. tùm priores, tùm posteriores, quibus idem certis limitibus includitur, restrictè & limitatè explicatur. De posterioribus, quin ex iis præcipuè si contrariæ fuerint, priores debeant interpretari, nullum nec in Jure nec in Theologia subest dubiũ *l. 4. ff. de Const Princ. Cothmann. Resp. 52. n. 60.* Sed nec novum Paulo *in l. 26. ff. de ll.* videtur, ut priores ll. ad posteriores referantur, & ab illis temperamentũ & declarationem accipiant *Donell. 1. Cõm. c. 13.* cùm non plus anterioribus legibus per subsequentes derogatum præsumi debeat, quàm de quo manifestè constat *l. 35. pr. C. de inoff. test. Nov. 20. cap. 9.* 2. *Ex natura rei subjectæ*, ut particulæ universales, *omne, quodcunque semper, ubiq;* accipiantur, quatenus natura & conditio rei de qua sermo est, patitur: plurima ad hanc rem elegantissima subministrat *Val. Gvil. Forst lib. 1. obs. c. 5.* Exinde fluit regula, quam Dd. formant ex *l. 1. §. 2. ff. de oper. nov. nunc. l. 15. §. 4. & l. 29. ff. locat.*

Verba secundùm subjectam materiam sunt accipienda.

TERTIÒ, *Ex æqitate* quoq; generalitas verborum limitatur, tunc nimirum, quando generaliter constitutum in quibusdã causis ejusdem generis, iniquum apparuerit. Ibi enim magis quod æquũ est, spectare debemus *l. 90. & l. 183. de R. I. l. 8. C de Jud.* exempla sunt obvia *in l. 25. §. 2. & §. 7. junct. l. 40. pr. ff. de hered. petit. l. 14. §. 13. ff. de relig. & sumpt. fun. l. 23. l. 82. §. 1. junct. l. 91. §. 3. ff. de V. O. l. 24. §. 4. ff de dam. infect. l. 4. §. 1. ff. de eo quod cert. loc. l 3. C. de Episc. aud.* cujus regulæ ampliationes & limitationes bene multas congessit *Val. Gvil. Forst. de Interpr. Jur. lib. 2. cap 3. n. 25. & seq.*

Aphor. 16. particulariter) Etenim si legis ratio per singulas personas exquireretur, nihil certi designatiq; esse posset, paratâ occasione omniũ ferè vim legũ eludendi. Ita namq; quis negaverit, multũ interesse, corrumpendæ religionis causâ, an excitandæ industriæ, & remunerandæ fidei ergò, Judici quid datum fuerit? an qui donavit bonam, iniquamve causam persequatur? ipse Judex venali levitate sit, an gravitate muneribus non expugnanda? Nihil tamen horũ dignũ contemplatione Jus nostrũ censuit, sed in universum Judicẽ, qui munus acceperit, ob turpe factũ punit, sen-

sententiã infirmat, dantem jactura litis mulctat *l.1.& l.1.C.de pæn. Iud. qui mal. jud. l.2. §.ult ff. de condict. ob turp. cauf. l.1. §.3. ff de Calumn. Dn. Arum. Disp adn. 11. th.15.* Similiter quando *Ulp. in l.1. §.3. ff. de minor* ætatē, quousq; minores consilio Curatorũ regi oporteat, definit: licèt in iis, qui præcoci prudentia exsurrexére, quasi legis ratione cessante, Curatorũ dandorũ necessitas expirare videatur: id tamen quãvis rem suã benè gerentib minorib. Ulpian. nequaquã admittit. Ita quoq; impuberes, licèt prohibeantur testamenta facere, ob infirmitatem judicii, *§.1. I. quib. non est perm. fac. test.* nihilo tamen minus illi puberes, in quib. vigoris nondum emerserunt vestigia, rectè testari poterunt *l. 4. C. qui test. fac. poss.* Nec *obsistit* quod Ulp. legem, quæ pœnam infligit Patrono, qui libertũ jurejurando nuptiis renunciare adegit temperet in castrato, tanquam legis ratione ad eum non pertinente, quæ soboli gignendæ prospexit *l.6. §.2. ff. de Iure patron.* aut quod Paulus neget exceptionem pacti de non petendo ei obesse fidejussori, qui donandi animo intercedit, propterea, quia talis mandati actionem non habet, ut per ejus latus debitor ipse exigatur *l.32. ff. de pact.* Resp. enim alii: rationem prioris legis cessare in toto genere castratorũ: superiorũ verò deficere tantùm in uno & altero singulari *Facbine 10. Contr c.74.* at minùs solidè: cùm æquè frequens genus constituant, qui vel præmaturo vigore anteyrunt ætatis cursum, aut contrà ab eo deseruntur, indolis demissæ tarditate: ac vel castrati aut ejusmodi fidejussores, siquidem cõmuniter fidejussor mandati actionem habeat. *Respond. igitur.* Interesse an aliquid ita certo genere & manifesto censeatur, ut possit ad liquidũ aliquod redigi, put castratos sensib & natura, fidejussores autem jure definitos videmus: an verò in eod genere diversimodè ut s. memoratis exemplis contingit, eveniat: ut in iis, quæ semper eod modo & apertè se habent, non autem in his ob rationem cessantem vis regulę non exeratur, ne alioqui si idem admittatur, ubi discrimen obscurum fuerit, occasio circumscribendæ legis parata sit. Vide *notata inf. Disp. 2 aphor. 26.*

Aphor. 17 Finali igitur legis ratione cessante dispositionẽ quoq; ejus cessare oportet. Hinc de regula: Quæ in favorem alicujus sunt introducta, in ejusdem odiũ non debent retorqueri. *l.6. C. de ll. l.25. ff. eod.* facile est judiciũ, videl. quod quando introducti favo-

favoris causa est incommodi aversio, hoc cessante, ipsa quoq; legis dispositio meritò expirare debeat: ne aliàs inducta ad unum finem, operentur contrarium. *c. indultum 17. c. quod & gratiam 61. de R. J. in 6.* inprimis quia in invitum beneficium non confertur *l. 69 ff. de R. J.* Desinit enim esse beneficium, & injuria potiùs censetur si invito beneficium obtruditur, *Neldel. ad. d. l. 69.* & beneficia legis recipiunt tacitam conditionem, si ille in cujus favorem fuére concessa, iis uti velit *l. fin. C. de execut. rei jud. junct. l. 31. ff. d. re judic. l. 7. C. de precib. Imper. offer: ibiq; latè Moder. Andr. ob Exea. tr. de pact. n. 199.* Sic *v. g.* pactionem dolo initam nemo quisquam servare tenetur, *l. 12. §. 1. & l. 14. §. 1. ff. de furt.* quòd si tamen deceptus eandem custodiri velit, utiq; servanda erit *l. 30. C. de transact.* ne si & hoc loco ratio prohibitionis attenderetur, duriore interpretatione uteremur. Eodem modo si minor 25. annis sententiam favorabilem sine Curatore obtinuerit, ita quidem ratione personæ litigantis, quæ juxta alias plures legitimam in judicio standi personam non habet *l. 1. & 2. C. qui legit. pers. l. 2. ff. de R. J.* ex dispositione Juris nulla prorsus futura esset: Attamen ejusmodi nullitas vi nostræ regulæ probè eliditur, sententiâ obtentâ subsistente: cùm minoribus ætas in damnis subvenire, non in rebus prosperè gestis obesse debeat *l. 14. C. de procur. §. fin. I. quib. alien. lic. vel non.*

Aphor. 20. Hinc igitur facessant & quiescant illi, qui obtestandi lasciviâ, nostram Jurisprudentiam, singulare certè & inæstimabile Dei munus, tanquam litis & calumniæ seminarium diffamare non erubescunt, prout idem *Gviccіard. in Hypomnem. Polit. 39. Justum Lipsium lib. 2. exemplorum:* ibi: *non multas leges,* & alios quos refert *Lansius in Consultat. de prærog. Certam. togæ & sagi orat. 2.* facere non sine egregio oculorum animiq; dolore legi: cùm tamen isti omnes, licèt alias ex duobus tria se videre arbitrentur, instar puerorum, qui pilas, trochos, pupas, aliaq; ludicra, utilibus neglectis arripiunt, prætermissis commoditatibus, quas affatim hæc nostra in Respubl. effundit, vitia duntaxat, & quid noxæ abusus Jurisprudentiæ adferat, memorare nitantur. Quibus meritò *ex Diodor. Tulden. lib. 2. de Caus. Corrupt. Jud. cap. 3.* repono: *imprudentis æstimatoris esse, ad invidiam infamiamq; præstantissima artis referre hominum ea utentium perversitatem:*

rem: quandoquidem in omnibus talibus non usus eorum, sed libido utentis in culpa existat, *c. quisquis 1. Dist. 41.*

Aphor. 26. qui non quaestus.] Quandoquidem ex mente *Arist. lib. 5. Ethic. c. 2.* ea delicta ex quib. aliquid vel pecuniæ, vel honoris lucramur, referuntur ad justitiam particularem: Illa verò quæ non quæstus, sed vel libidinis explendæ, aut contra aliam aliquā virtutem perpetrata fuerint, universali justitiæ emendanda relinquuntur (quàm benè vide sis *Bacbov. part. 1. ff. de J. & J. cap. 2. n. 2.*) videtur is utique, qui pecuniâ ab alterius uxore acceptâ cōmittit adulterium, spe lucri, non verò libidinis æstu id fecisse: adeoq; cùm non contra particularem justitiam, quam illi finem adæquatum nostræ Jurisprudentiæ statuunt, sed contra universalem deliquerit, à pœna L. Juliæ absolvendus & dimittendus esse.

Aphor. 28. Suum cuiq; tribuere.] Verba hæc non ita crudè & nudè, ut voluit Socrates apud *Plat. lib. 1. de Republ.* sunt intelligenda & accipienda, ut cuiq; protinus quod suum est, simul ac petierit, tribuendum sit: sed secundùm præcepta Civilia, & nisi certa quædam circumstantia, aut æquitas aliud postulaverit, prout furioso gladium, & latroni spolia deposita restitui, justitia prohibet *l. 31. ff. deposit.* ubi eleganter hæc explicita traduntur.

Aphor. 30. Quamvis inter homines ob affectus lubricos, non facilè ejusmodi justitiæ habitus, tanta cum constantia & perpetuitate reperiatur *Nov. 7. cap. 2.* ob id tamen hæc definitio reprehendenda non est; 1. quia definitionis officium est, cujusq; rei perfectam essentiam describere, qualis in se & suâ naturâ, non quatenus in aliquo subjecto existit *Rittershus. ad pr. J. de J. & J. Harpr. ibid. n. 37. Coras. ad l. 10. ff. d. l. n. 6.* Ita namq; summum bonum Aristoteles, Rempub. Plato, Stoici virtutem, Oratorem Cicero, Grimalius Senatorem, alii alia descripserunt, quæ faciliùs depingi & delineari, quàm demonstrari poterunt. *Nec obest*, quòd JCto non sufficiat imaginem Justitiæ saltim mente formare, & speculari, nisi eadem quoq; in societate civili possit conspici, cùm Jurispr. sit Philosophiæ Practicæ species & filia *Dn. Riem. Decad. quæst. 1.* Resp. enim nec me propterea velle JCtum in sola speculatione acquiescere: sed hanc justitiæ imaginem exempli tantùm loco esse propositam, ut ad eam tanquam scopum unicè

imitandum, si per infirmitatem humanam licuerit, JCtus cives suos perducere laboret. Vel 2. pro retinenda isthac definitione, constantiam cum *Dn. Franzk. Ex. 1. quæst. 1.* possum interpretari ratione propositi & intentionis, non ipsius actus, & qualis quidem in hominem cadere potis est: *arg. l. 28. in pr. ff. de ædil. edict.* ut constantia non protinus intermissa, aut injustus quis dicendus sit, qui aliquando injustum, citra animum tamen justitiam offendendi, egerit, si modò ad se rediens erratum correxerit: *c. quid est hoc. & c. ferrum Dist. 50. & arg. l. 16. ff. de ædil. edict.* planè quemadmodum id, quod iniquè decernitur, jus esse non definit, relatione scilic. factâ ad id quod Prætorem facere conveniebat *l. pen. ff. de I. & . I. Marc. Lyckl. à Nyeholt. memb. lib. 7. ecl. 38. in fin.* Et hæc interpretatio propiùs quàm prior ad mentem nostri Autoris videtur accedere, ob adductâ liberalitatis definitionem, in qua *perpetuitatem benignitatis*, communiter explicant intentionalem non actualem, vide *Dn. Ungepaur. Ex. 1. quæst. 11.* Non igitur divinam aliquam Justitiam hic definiri partim ex jam dictis abundè constat: partim quoque exinde, quoniam omnia ejus attributa, cujusmodi sunt: *æquum ab iniquo separare, licita ab illicitis secernere; cives bonos non solùm pœnarum metu, verùm etiam exhortatione præmiorum efficere;* non nisi humanis actibus quadrant; ut proinde cùm talia sint subjecta, qualia permittuntur esse à prædicatis *arg. l. 38. §. 6. ff. de V. O.* subjectum meritò intelligatur humanum. *Accedit*, quòd Deus tanquam autor divinæ justitiæ, nihil quicquam cuiquam debeat, cùm tamen per hanc nostram justitiam suum cuique reddere jubeamur *Dn. Franzk. Exerc. 1. quæst. 1. num. 4.* cui non repugnat, quòd Dominus Ungepaur *objicit*: hic non definiri quidem justitiam eam divinam, quæ est Dei erga homines: sed quæ est hominis erga Deum: *cùm* credendum non sit Imperatorem nostrum ad superstitionem usque religiosum, ita præter verbum Dei & Symbola Apostolica, quorum apud eundem fuit maxima autoritas *l. 2. & l. 7. C. de Summ. Trin.* insolenter loqui, & homini adeò multiplicem justitiam tribuere velle; aliam, quam in eum Deus conferat, aliam quam ipse sibi acquirere debeat; & hanc quidem ut ille explicat, rursus bifariam, vel

ut Theologus eam considerat, quæ legibus divinis exactam præstat obedientiam: vel secundùm JCtos, quà legibus Civilibus verbo Dei consentaneis debito modo obtemperat: cùm tamen posterius hoc, tum verbo divino, tum quoq; sanæ rationi adversetur gravissimè *Johan. Ferrar. Montan. ad h.t. vers. Quare.* Idcircò 3. cùm à fine Jurisprudentiæ, hujus tractationem exorditur Imper. ostendendo, quam quis Justitiam beneficio Juris possit consequi, non potest citra magnum Jurisprudentiæ & Theologiæ confusionem, divina justitia, tanquam Theologiæ finis proprius hîc intelligi. Ad argumentum *Vultej. & Hottom.* quod ad *h.pr.* à mutabilitate voluntatis humanæ mutuantur, jam *supr. ad h. Aphor.* sufficienter responsum est. Nunc paucis ad alia. Qui igitur Jovis filiam, nescio quam Deam, depictam ab *Hesiod. in ἔργοις*: hîc definitam autumant, næ illi egregiè falluntur & fallunt, cùm nuspiam pro numine voluntatem positam demonstrare possint: & insuper quoq; Justinianum nostrum mendacii fœdissimi arguant, quòd immemor sui promissi *in § 3 proœm. Inst.* fabulas adhuc quasdam in jure nostro reliquisset *Marc. Lyckl. à Nyeholt. lib. 7. Memb. eclog. 38. pag. 436. Nec* istos quicquam *juvat*, quòd JCti Sacerdotes Justitiæ appellati leguntur *in l. 1. §. 1. ff. h t.* siquidem ita dicantur non propriè, sed figuratè, scilic. ut ipse Ulpianus sese explicat, quia Jurisprudentiæ, quæ dicitur res sanctissima *in l. 1. §. 5. ff. de Extraord. cogn.* & legibus, quæ sacratissimæ nuncupantur *l. 9. C. de ll.* interpretandis studiosè deserviunt: quemadmodum, qui impensè literis operam navant, Musarum Phœbiq; Sacerdotes vulgatissimè dici novimus: nec refert, quòd Justitia apud Gentiles pro Dea fuerit habita, ut latè deducit *Lyckl. d. l.* Resp. enim utut hoc concedatur, Justinianus tamen, quia Christianus fuit, ea, quæ Ethnici alio sensu scripsére, quatenus in corpus Juris nostri retulit, non nisi Christianè ut applicaremus, voluisse putandus est. *Nihil quoq; adversatur*, quòd Jurisprudentia definiatur rerum divinarum notitia *§. 1. Inst. h. t. & l. 10. ff. eod.* quasi propterea ejus quoq; finis non humanus, sed divinus esse debeat. Resp. enim *ex Aphor. 33.* Jurisprudentiam res divinas ordinare ad suum finem, & eas spectare, quatenus de Jure earum quæritur an alienari, occupari, & quid omninò juris sit in istis, Ita namque de iis Prætorem

edicere patet *ex l.1. pr. ff. de Interd. t. t. ne quid in loc. sacr. t. t. de mort. infer. & simil.* eodem planè modo, qualiter etiam circa res humanas Jurisprudentia versatur, non cognoscendo easdem ex principiis & causis suis, sed quatenus de Jure earum controversia existere & apud Judicem tractari potest *l. fin. ff. de ll. Bachov. part. 1. ff. de J & J. cap. 2. n. 5.* Rectè proinde Autor *inf. Aphor. 35.* vesaniæ arguit *Anton. Fabr.* quòd JCtum hæreticum esse posse negasset: sicubi, ut ex superioribus potest reperi, JCti officium in nullo alio, præterquam in legibus dextrè interpretandis refulgeat, quod æquè certè ab ἑτεροδόξῳ ac ab ὀρθοδόξῳ fieri posse nulla dubitatio est. Quid enim si quædam Juri divino contraria pro ratione status, ut noster loquitur *inf. Aphor. 65.* necessariò constituta fuissent? Eadem sanè si ex mente legislatoris, debito modo explicuerit & applicaverit JCtus, suo jam munere optimè functus fuerit, licèt hoc ipso parùm Christianè fecerit. Quemadmodum igitur quis civis bonus esse potest, obediendo videl. legibus conditis: qui tamen non item sit vir bonus, quatenus nimirum istæ leges non undequaque cum honestate congruunt. *Arist. 5. Ethic. 2.* Ita quoq; JCtus qui est eximius, potest supposità Repub. & legibus verbo divino repugnantibus, idem esse Christianus exiguus. Et hoc modo si dicterium in Jurisperitorum contumeliam excogitatum: Juristen böse Christen / explicuerimus, quid eodem nostri seculi JCtorum dignitati decrescat, non video: cùm leges quibus hodie utimur, verbo divino per omnia optimè conveniant.

Aphor. 31. Quam varia & multiplex sit verbi Juris significatio, haut difficulter *ex l. pen. & ult. ff. h. t.* potest colligi: quapropter ne vana & inani λογομαχίᾳ multum & temporis & chartæ malè insumam, sciendum est, Ulpiani in allegata *l. 1. h. t.* mentem nequaquam fuisse, Grammaticam aliquam Juris tradere Etymologiam: quippe qua ratione jus à jubendo rectiùs deduxisset, cùm jubeat ea, quæ facienda sunt *Donell. 1. Comm. cap. 4.* & authore Festo, antiquitas sua jura appellaverit justa *Wesenb. in x. ff. h. t. num. 2.* Sed Logicam, rerum ordine attentô, more Stoicorum, quorum præceptis JCti nostri maximam partem fuerant imbuti *Cujac. lib. 26. Obs. 40.* quasi dicat: à Justitia tanquam causa provenit ut effectus ipsum jus: justitiam intelligens

non

non eam, quam finem nostræ Jurisprudentiæ supr. evicimus, sed vim illam divinam humanis mentibus insitam *l 13. §. 7. ff. de ex. us. fut. l. 4. ff. ad L. Aquil.* & quidem propterea, quòd secundùm illius dictamen, tanquam normam & regulam jus omne præscribendum sit. Otiosa igitur est earum disceptatio, qui de hoc, an jure justitia prior sit, vel posterior, longos logos faciunt: cùm jus diversimodè consideratum & prius & posterius justitiâ rectè dicatur *Bachov. part. 1. ff. de J. & J. c. de Jure n. 4. in fin. Donell. d. c. 4. ibiq; Hillig. lit. H. Marc. Lyckl. à Nyeholt. Memb. d. lib. 7. & l. 39. Giphan. in epist. ad Muret. Harpr. ad pr. I. h. t. n. 3. & seqq. & Heinric. Bessel. dissert. ad n. 1. th. 1.*

Aphor. 34. Quando cum autore nostro Jus & Jurisprudentiam pro Synonymis haberi, & diversas istas definitiones, quæ proponuntur *§. 1. I. h. t. & l. 1. pr. ff. eod.* non nisi verborum sono inter se differre volumus, sciendum est, nos Jurisprudentiam non considerare, quà est in aliquo subjecto, illudq; perficit: sed quatenus ut peculiaris & distincta quædam prudentiæ species, reipsa & nomine à genere discrepans, & distinguendi gratiâ Jurisprudentia appellata, per se subsistit: prout non minùs Jurisprudentiæ quàm Juris Studiosos vocare *Harpr. ad pr. I. de I. & I. num. 9.* & inter Facultates tres superiores, Jurisprudentiam non additô possessore numerare solemus: adeoq; meritò à cõmuni loquendi usu non recedamus *arg. l. 23. & l. 37. ff. de ll.* Et hoc intuitu quin Jurisprudentia, quæ nonnunquam scientia *l. 2. §. 35. ff. de O. J. l. 91. §. 3. ff. de V. O.* modò etiam sapientia dicitur *l. 1. ff. de extraord. cogn.* ars quoq; in Jure appellitari queat, nihil impedire video: cumprimis, quia novum & inauditum apud JCtos non est, voces, *notitiam. scientiam, artem* & similia inter se confundi *Wesenb. in π. ff. h. t. num. 14.* Ita namq; fieri cernimus in nostra *l. 1.* ubi jus, quod jam *in pr.* dicebatur ars æqui & boni, mox *§. 1.* æqui & boni notitia *& §. seq.* studium ipsum appellatur: & hoc uno ictu cuncta *Marc. Lyckl. à Nyeholt.* argumenta, quæ dissentiens *lib. 7. Membr. & l. 40.* proponit, facilè elidi queunt. Nec quicquam movet quod Dn. Ungepaur. *Exerc. 1. q. 12. in Ajo*, hunc inmodum objicit: Quia contrariorum fit mentio in definitione Jurisprudentiæ, non æquè verò in definitione Juris: idcircò apparet istam juxta Aristotelem *5. Ethic. 1.* ut habitum: hoc ve-

 rò

edicere patet *ex l. 1. pr. ff. de Interd. t. t. ne quid in loc. sacr. t. t. de mort. infer. & simil.* eodem planè modo, qualiter etiam circa res humanas Jurisprudentia versatur, non cognoscendo easdem ex principiis & causis suis, sed quatenus de Jure earum controversia existere & apud Judicem tractari potest *l. fin. ff. de ll. Bachov. part. 1. ff. de J & J. cap. 2. n. 5.* Rectè proinde Autor *inf. Aphor. 33.* vesaniæ arguit *Anton. Fabr.* quòd JCtum hæreticum esse posse negasset: sicubi, ut ex superioribus potest reperi, JCti officium in nullo alio, præterquam in legibus dextrè interpretandis refulgeat, quod æquè certè ab ἑτεροδόξῳ ac ab ὀρθοδόξῳ fieri posse nulla dubitatio est. Quid enim si quædam Juri divino contraria pro ratione status, ut noster loquitur *inf. Aphor. 65.* necessariò constituta fuissent? Eadem sanè si ex mente legislatoris, debito modo explicuerit & applicaverit JCtus, suo jam munere optimè functus fuerit, licèt hoc ipso parùm Christianè fecerit. Quemadmodum igitur quis civis bonus esse potest, obediendo videl. legibus conditis: qui tamen non item sit vir bonus, quatenus nimirum istæ leges non undequaque cum honestate congruunt. *Arist. 5. Ethic. 2.* Ita quoq; JCtus qui est eximius, potest supposità Repub. & legibus verbo divino repugnantib9, idem esse Christianus exiguus. Et hoc modo si dicterium in Jurisperitorum contumeliam excogitatum: Juristen böse Christen / explicuerimus], quid eodem nostri seculi JCtorum dignitati decrescat, non video: cùm leges quibus hodie utimur, verbo divino per omnia optimè conveniant.

Aphor. 31. Quam varia & multiplex sit verbi Juris significatio, haut difficulter *ex l. pen. & ult. ff. h. t.* potest colligi: quapropter ne vana & inani λογομαχίᾳ multum & temporis & chartæ malè insumam, sciendum est, Ulpiani in allegata *l. 1. h. t.* mentem nequaquam fuisse, Grammaticam aliquam Juris tradere Etymologiam: quippe qua ratione jus à jubendo rectiùs deduxisset, cùm jubeat ea, quæ facienda sunt *Donell. 1. Comm. cap. 4.* & authore Festo, antiquitas sua jura appellaverit justa *Wesenb. in n. ff. h. t. num. 2.* Sed Logicam, rerum ordine attentò, more Stoicorum, quorum præceptis JCti nostri maximam partem fuerant imbuti *Cujac. lib. 26. Obs. 40.* quasi dicat: à Justitia tanquam causa provenit ut effectus ipsum jus: justitiam intelligens

non

non eam, quam finem nostræ Jurisprudentiæ supr. evicimus, sed vim illam divinam humanis mentibus insitam *l. 13. §. 7. ff. de ex. us. tut. L. 4. ff. ad L. Aquil.* & quidem propterea, quòd secundùm illius dictamen, tanquam normam & regulam jus omne præscribendum sit. Otiosa igitur est earum disceptatio, qui de hoc, an jure justitia prior sit, vel posterior, longos logos faciunt: cùm jus diversimodè consideratum & prius & posterius justitiâ rectè dicatur *Bachov. part. 1. ff. de J. & J. c. de Jure n. 4. in fin. Donell. l. c. 4. ibiq; Hillig. lit. H. Marc. Lyckl. à Nyeholt. Memb. d. lib. 7. & l. 39. Giphan. in epist. ad Muret. Harpr. ad pr. I. h. t. n. 3. & seqq. & Heinric. Bessel. dissert. ad n. 1. th. 1.*

Aphor. 34. Quando cum autore nostro Jus & Jurisprudentiam pro Synonymis haberi, & diversas istas definitiones, quæ proponuntur *§. 1. I. h. t. & l. 1. pr. ff. eod.* non nisi verborum sono inter se differre volumus, sciendum est, nos Jurisprudentiam non considerare, quà est in aliquo subjecto, illudq; perficit: sed quatenus ut peculiaris & distincta quædam prudentiæ species, reipsâ & nomine à genere discrepans, & distinguendi gratiâ Jurisprudentia appellata, per se subsistit: prout non minùs Jurisprudentiæ quàm Juris Studiosos vocare *Harpr. ad pr. I. de I. & I. num. 9.* & inter Facultates tres superiores, Jurisprudentiam non addito possessore numerare solemus: adeoq; meritò à cõmuni loquendi usu non recedamus *arg. l. 23. & l. 37. ff. de ll.* Et hoc intuitu quin Jurisprudentia, quæ nonnunquam scientia *l. 2. §. 35. ff. de O. J. l. 91. §. 3. ff. de V. O.* modò etiam sapientia dicitur *l. 1. ff. de extraord. cogn.* ars quoq; in Jure appellitari queat, nihil impedire ideo: cumprimis, quia novum & inauditum apud JCtos non est, voces, *notitiam, scientiam, artem* & similia inter se confundi *Wesenb. in pr. ff. h. t. num. 14.* Ita namq; fieri cernimus in nostra *l. 1.* ubi jus, quod jam *in pr.* dicebatur ars æqui & boni, mox *§. 1.* æqui & boni notitia *& §. seq.* studium ipsum appellatur: & hoc uno ictu cuncta *Marc. Lyckl. à Nyehole.* argumenta, quæ dissentiens *lib. 7. Membr. & l. 40.* proponit, facilè elidi queunt. Nec quicquam movet quod Dn. Ungepaur. *Exerc. 1. q. 12. in Ajo*, hunc in modum objicit: Quia contrariorum fit mentio in definitione Jurisprudentiæ, non æquè verò in definitione Juris: idcircò apparet istam juxta Aristotelem *5. Ethic. 1.* ut habitum: hoc ve-

 rò

eò ut artem extra subjectum à JCto haberi. *Resp. enim*: Etiam ipsum æquum, cujus ars jus dicitur, objectivè versari circa contraria, ut non solùm justis præmia, verùm etiam injustis pœnæ decernantur *d. l. 1. §. 1. & l. 33. §. 1. ff. ad L. Jul. de adult.* quamvis activè non nisi operationes justas & æquas producat: proindeq; cùm in Juris definitione ἐνεργείᾳ vocis æqui alterum contrariorum jam inesset, idem ut denuò exprimeretur, nihil planè opus fuisse. *Nec deniq; resistit*, quod ita duplicem Juris definitionem sub diversis appellationibus idem proposuisset. *Respond. enim* Appellationes & descriptiones istas diversas quidem esse, si literas & syllabas intuearis, easdem verò, si rem ipsam penitiùs introspexeris, ut suba ntea dictum est. Propterea verò latiorem descriptionem ab Imp. nostris Institutionibus fuisse insertam existimo, quoniam eadem ad captum tyronum magis accommodata videbatur, cum *Oleman. Disp. Gipban. proem. th. 1.* Verba illa *aequi & boni*, non hîc modò sed & alibi ut *l. pen. ff. h. t. l. 32. ff. de reb. cred. apud. Cic. in Bruto, Arist. 1. Polit. 2. & 6 Ethic. cap. 11.* conjuncta, quæ Dd. ingenia valdè exagitant, dextrè & genuinè hîc ab autore sunt explicata: ut scilic. in jure sive constituendo, sive constituto interpretando, æquitas non ab utilitate, nec hæc ab illa segregetur, nec tamen etiam inter se confundantur. Distingui igitur quidem hæc duo non autem separari, sed unum sonare debent *Marc. Lyckl. à Nyeholt. d. lib. 7. eclog. 39. §. 1. Bachov. ad Treutl. Volum. 1. Disp. 1. th. 2. lit. b. in fin.* juxta illud *Arist. 1. Polit. 2.* conjuncta utilitas Reipubl. cum honestate summa est æquitas.

Aphor. 36. Quandoquidem *erroris genetrix est æquivocatio semper:* Ideoque ut medium hanc vexatissimam controversiam expediendi commodum appareat, varia æquitatis significata primùm adducere, ac deinde supposita ejus verâ, & huic loco propriâ acceptione, ad contraria argumenta, si opus fuerit, respondere annitar. Quidam igitur æquitatem dicunt benignitatem laxiùs remissiúsq; agentem *ex Senec. 2. de Clem. c. ult. & Arist. praeced. Aphor. loco adducto*, & omnem severitatem refugere autumant. *Coras. de art. Jur. c. 15.* Sed minùs rectè *arg. l. 67. §. 2. ff. de furt. l. 31. ff. depos. l. 15. ff. locat. l. 33. §. 1. ff. ad L. Jul. de adult.*

l. 11.

l. 11. pr. ff. de pœn. l. 19. ff. de off. præsid. quippe in quibus omnibus æquitas, causâ quâdam ita suadente, duriorem sententiam amplectitur *Dn. Riem. Dec. 1. quæst. 9.* Alii accipiunt eam, pro mente & sententia legis extra verborum figuram collecta. Ita *Cic. pro Cæcin. ex æquo ait, & bono, non ex callido versutoq; jure rem judicari oportet: Scriptum sequi calumniatoris est.* Sed nec hoc placet: quia non sola ratio legis, sed insuper etiam jus naturale instar regulæ ad legem non solùm declarandam, sed etiam supplendam requiritur, exempla vide *suprà Aphor. 16.* in quibus licèt ratio legis inductiva aut prohibitiva adfuerit, vel defecerit, legis tamen dispositionem æquitas non admisit. Nonnulli æquitatem appellant, quando scrupulosâ subtilitate Juris Civilis sublatâ, ad Juris Gentium devenitur simplicitatem, prout in multis *v. g.* formulis actionum, institutionibus, legatis, & aliis factum ex Jure novimus. Verùm & hoc perperam statuitur: siquidem etiam in subtilissimis Juris apicibus, veluti in distinctione hereditatis & rerum hereditariarum (quam alii ad argutas & acutas ineptias quidem referunt, sed an jure id fiat *inf. ad Differt. 9. in Coroll.* videbimus) in legata quadriga *l. 9. ff. ad exhib.* & aliis, quæ naturâ quidem eadem, sed subtili juris usu diversa videntur, vide *l. 12. ff. quib. mod. usufr. amitt. junct. l. 65. §. 1. de leg. 3. l. 39. ff. de usur. junct. l. 79. §. 3. ff. de usufr.* æquitatem spectare liceat. Quin imò ipsi æquitati in recondita subtilitate non minimum esse præsidium, clarè testatur *l. 27. §. 3. ff. de recept. arbitr.* ubi ex tribus sententiis diversis postrema, & minima eligitur summa, non quòd dubium in mitiorem partem interpretari debeamus juxta *l. 38. ff. de re jud.* quid enim si tertius reum penitùs absolvisset? Iniquum certè fuisset, unius sententiâ duos superari *cap. 1. de arbitr. in 6.* sed ex subtili hac ratione, quòd minor summa insit majori, & sic in hanc omnes tres consenserint. Pleriq; tandem pro Jure non literis publicis comprehenso, sed judicis æstimatione constituendo, æquitatem accipiunt. Cæterùm & hæc sententia, uti periculi plena, dum æquitatem ex solo Judicis arbitrio definit, ita procul dubio falsissima est; cùm æquitatis vis non in arbitrariis duntaxat causis, quò illi restringunt, sed & in ipsis Jurisprudentiæ decretis & præceptis

selu-

reluceat. Nulla itaq; hactenus relatarum opinionum seorsim accepta, æquitatis naturam genuinè declarat, mihiq; sufficit; proinde superest, ut eam definitam, & ex suis causis deductam exhibeam. Definio autem æquitatem propriè & specificè ita dictam: quòd sit attemperatio Juris ad singulas species. Vel, quòd sit directio legis ad finem, cum qua convenit definitio, *Arist. 5. Eth. c. penult.* græca: ἡ ἐπιείκεια ἐστὶν ἐπανόρθωμα τοῦ νόμου non Latina, quando reddunt, *quod sit correctio legis*, siquidem isthæc, cum prima jam explosa coincidat. Causa ejus efficiens est prudentia, illa rerum hominumq; perita, quâ instructus Judex novit leges suis quasq; finibus distinguere, & singulis factorum, rerum eventuumq; articulis jus competens accommodare. In causa namque jus positum est *l. 52. §. 2. ff. ad L. Aquil.* atq; ex re constituendum *l. 1. §. 3. ff. ad L. Corn. de Sicar.* Forma, modúsque ejus potissimùm cernitur in comprehendendo modum rationis legis, quos casus scil. vel amplitudo illius complectatur, vel angustia excludat: & conjungendo eam rationem cum insita lege naturali. Finis est ipsa Justitia, quam etiam jus ceu metam sibi habet propositam; ut à quibusdam jus & æquitas sibi invicem falsò opponantur, cùm utrumq; tendat ad idem, & differant inter se non naturâ, sed eventu; ita ut quod aliquo ex transverso accidente summū jus est, idem in suo genere ipsissima æquitas sit. Hinc liquet, quàm prorsus non assecuti fuerint æquitatis naturam, qui eandem dispescunt in scriptam & non scriptam, decepti eô, quoniam leges ipsæ ratione suæ essentiæ sunt æquissimæ: quod tamen eosdem nequaquam movere debuisset, quandoquidem, ut ex jam dictis constat, ipsa Juris præcepta non sint æqua & talia in se spectata: alioqui namq; omni facto, loco & tempore futura essent æquissima, secus quam mox ad oculū demonstrabo: sed quatenus per ipsum Judicem, ratione earum perspectâ, facto quæque convenienti applicantur. Ac licèt sæpiùs in JCtorum responsis æquitatis fiat mentio: ista tamen talis non est, nisi respectu casus alicujus particularis, vel genericè hôc verbô æquitatis sumtô, quæ statim mutatur, simul ac ut lex universalis custodienda præcipitur. Unde apposité dicit autor: æquitatem, cùm scribitur ab eo qui legis ferendæ potestatem habet, & eo qui-

quidem animo ut lex sit, in legem protinus transire, ut & ipsa propter universalitatem subinde nova interpretatione & alia æquitate indigeat. Declarabo rem exemplo *ex §.1. & 2. Inst. de Except. junct. princ. I. de replic.* Finge legem esse: Promittens stipulanti obligatus esto. Fac, quendam errore lapsum, aut dolo inductum stipulanti promisisse. Certè ex verbis istius legis firmiter is obligabitur promissor, & actio tenebit. Anné verò ex æquitate? Nequaquam. Nam Prætor animadvertens de ejusmodi promissionibus, quæ consensu libero constant, legem intelligendam esse, exactionem ex ista lege denegat, exceptione ad impugnandam actionem concessâ. Quòd si jam hæc interpretatio instar legis custodienda præcipiatur, & ita scribatur: Promittens non vi, non errore, non metuvé lapsus ex stipulatu obligatus esto. Videamus an non & hæc æquitas jus summum evadere possit. Quid enim si promissor de dolo, quo ad promittendum fuit inductus, commonefactus promissionem ratam habuerit? Utique, si & huic facto prædictæ legis verba prout jacent, accommodaveris, eris iniquissimus: cùm æquitas potiùs suadeat, ut promissori concessa exceptio per actoris replicationem elidatur. Et hoc est, quod Imperat. *in d. pr. Inst. de repl. ait: interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, tamen iniquè noceat: adde l. 27. §. 2. ff. de pact. l. 2. §. 1. ff. de Except.* Ita consequenter & hæc duplicatio poterit aliquo extraneo accedente iniquissima reddi, ut per æquitatem triplicatio, & sic deinceps alia defensionis remedia concedenda necessariò veniant. Ex his ad contraria, quæ movent *Marc. Lyckl. à Nyeb. 7. Membr. Ecl. 39. n. 1. & Wesenbec. in π. ff. de J & J. n. ult.* facilè responderi poterit, ut meritò ne nimiùm hic liber excrescat, isto labore nunc super sedeam; hoc unum saltim addens: per redactionem æquitatis in Scripturam, non ideò eandem mutari, & nomen suum amittere, quia Scriptura (quam & ipse pro mero accidente lubens agnosco, vide *inf. Aphor. 47.*) accessit, sed quoniam jus, quod antè certo & determinato tantùm casui erat redditum, jam universaliter & omnibus facti speciebus, quæ tamen variis circumstantiis possunt discrepare, applicandum præcipitur sic ut inde jus summum facillimè oriri possit. *Nec quicquam movet,* quòd *Gilkenius novissimè in tract. de præscript. part. 1. cap. 1. n. 81.* hunc in modum objicit: Si

princeps in certa causa jusserit inter partes æquitatis rationem haberi: & verò ab ipsis partibus aliquod pactum esset interpositum, quæritur num pacti istius fides ex mente Principis sit servanda? Si negaverit quis, obstat *l. 1. ff. de pact. & l. 1. ff. de Const. pec.* Sin concesserit, largietur simul, quæ scripta sunt, æquitatis nomen non amittere. *Resp. enim* Committi fallaciam causæ: siquidem pactum illud à partibus interpositum ex mente Principis observatur, non quatenus ita generaliter *per dd. ll.* illud exigitur, sed quia ipsâ æquitate pactum istud nitebatur: ne alioqui absurdè ex contrariâ opinione sequeretur, omne omninò pactum, etiam quod est contra bonos mores, ex voluntate Principis, ubi pacta servari jusserit, fuisse servandum, repugnante *l. 31. ff. de R. J.* Ita sentire, & planè mecum consentire video, postquam hæc scripsi, *Heinr. Bessel. Dissert. ad Pand. 1. th. 2. circ. fin. junct. th. 3. pr.*

Aphor. 38. Ex hisce ποιήσεως & πράξεως (quarum illa artis, hæc prudentiæ finis est) differentiis junctis iis, quæ supra *ad Aphor. 4. & 5.* disserui, satis apertè colligitur, non ad artem propriè ita dictam, sed prudentiam potiùs referri debere nostram Jurisprudentiam, prout idem, nomen ipsius haut obscurè indicat, dum Juris & Justitiæ dicitur prudentia: cui insuper evidentius demonstrando addo, quòd ποίησις maximè corporis opera exigat, & finem habeat effectionem & opus in sensus incurrens quod pereunte quoque artifice maneat superstes: prudentia verò in compescendis & secundùm rectam rationem ordinandis affectibus sit occupata, & ceu finem intendat affectionum constitutionem, in eaq; actione acquiescat: id quòd posteriùs nostræ Jurisprudentiæ, rationes humanas ad regulam justitiæ redigenti, est propositum. Præterea quoque ars suam certam habet materiam, *v. gr.* Sutor corium, lapides Statuarius, Architectus ligna, quam addendo, auferendo, asciando & poliendo, fini suo accommodat: JCtus autem nec certam & determinatam habet materiam, sed universas & varias hominum actiones: nec quoque in hisce quicquam mutat, sed justum ab injusto, æquum ab iniquo, quod in iis cernitur, segregat *l. 1. §. 1. ff. h. t.* *Non obest* huic assertioni quòd tranquillitas Reipubl. (quæ opus aliquod esse videtur, & similis sanitati, quæ à Medico corpori humano inducitur) post actionem JCti remaneat. *Respond. enim cum*

Ehem.

Ebem. lib. 1. de princ. Jur. cap. 10. pag. 99. ex Ariſt. 6. Ethic. 12. Tranquillitatem comitari actionem JCti non per ſe, ſed ex accidente, veluti umbra ſequitur corpus: cùm primò & principaliter JCtus intendat juſtitiam, quam demum ut accidens inſequitur pacata Reſpubl. Diſſimili planè modo ſe habere ſanitatem, quæ certè opus aliquod eſt ab actione Medici diſtinctum, cùm etiam pereunte artifice ſcilicet Medico, ipſiusq; actione ceſſante, hæc nihilominus remaneat.

Aphor. 39. Dum autor Jurisprudentiam certam quandam prudentiæ ſpeciem, quæ ratione conſtat, efficit, & iſtis, qui experientiâ quâdam nudâ eam inniti volunt, *b. Aphor.* ſe opponit, ſimul affirmare videtur, *juxta Coraſ. de Jur. Civ. in art. redig. part. 1. cap. 2.* certâ methodo ad inſtar aliarum diſciplinarum & artiũ Jurisprudentiam tradi, doceriq; poſſe: id quod ita probari poſſe exiſtimo. *Primò* quidem, quia Cicerone teſte *in lib. de Orat.* omne, quod jam artibus incluſum eſt, ante diſperſum, & disjectum erat. Ideoq; dum aliarum diſciplinarum & ſcientiarum, quæ Jurisprudentiâ noſtrâ longè ſunt inferiores, & ignobiliores, præcepta in artis quandã perpetuã ſeriem & conſonantiam ſunt redacta, nihil prohibebit etiam hanc noſtram artis finibus poſſe concludi. 2. Quia Ethica, Oeconomica & Politica, quarũ Juris Civilis ſapientia potiſſima pars eſt, & certa earum propago, eleganti methodo à Platone & Ariſtotele ſunt tradita: utiq; etiam iſtarum reginam eâdem viâ tradi poſſe nemo negabit. 3. Quia uti reliquæ omnes artes, quæ certis præceptis incluſæ proponuntur, ita quoque Jurisprudentia ſuum habet proprium genus ſubjectum, de quo *ſupra Aphor. 33.* propriumq; finem *ſupra Aphor. 22.* quæ in ſua principia & cauſas poſſunt reſolvi (*prout idem eleganter Ebem. de princip. Jur. pag. 482. præſtitit*) & conſequenter perſpicuâ methodo tota proponi. 4. Si ad artem & ſcientiam inprimis ſpectat, cauſas rerum oſtendere, & cur unumquodque & quale ſit aperire: Jurisprudentia verò rationes ſuas tàm ab ipſâ naturâ, quàm à Civili ratione petitas demonſtrat. Quî igitur methodus artificioſa eidem denegari poterit? 5. *Denique* Nulla res ſine ordine & viâ poteſt doceri & addiſci. Jurisprudentia autem omninò poteſt doceri & apprehendi. Viâ igitur & methodo opus erit. *Quibus non adverſatur:*

1. Quòd methodus sit habitus præceptorum universalium: Jurisprudentia autem objectivè versetur circa singularia, quæ præceptis includi nequeunt. *Costal. in* Παρεργ. *Senec. epist. 94.* Resp. 1. ad minorem distinguendo actionem JCti tanquam artificis, ab ipsa arte. Hæc enim constat præceptis universalibus *l. 8. ff. de ll.* & finita est *l. 2. ff. de I. & F. I.* sed JCtus eâ probè instructus, postmodùm ex habitu agit, & quid in negotiis particularibus justum injustumvè sit demonstrat *Mynsing. ad pr. I. de I. & I. num. 11.* 2. JCtus circa singularia versatur non considerando ea ut individua, sed ut species & genera, *v. gr.* si statuit, ut posthumus natus patris testamentum rumpat: non de hoc vel illo, sed de toto genere, & omni omninò posthumo loquitur. Individua igitur quidem sunt infinita, non autem species & genera, ne alioqui dum quælibet species multa individua sub se continet, absurdè sequatur: infinito aliquid esse majus. Tandem si circa individua occuparetur Jurisprudentia, dicendum esset contra *l. 12. ff. de ll.* ad similia non licere progredi, cùm individui proprietates non sint aliis communicabiles. *Non obst.* quòd Jurisprudentia sit ars æquitatis *l. 1. pr. ff. de I. & I.* æquitas autem certis regulis definiri nequeat *l. 14. pr. ff. de divers. & temp. præscript.* Resp. Hactenus artem æquitatis dici Jurisprudentiam, quatenus præceptis Jurisprudentiæ attemperata lex naturalis verâ æquitatem ubiq; producit: interim verò non negari, quin certis præceptis possit monstrari, quid juri mero sit consentaneum, aut contrarium. *Nec obst.* quod jus unum non ubique gentiũ, imò eodem in loco vigeat, floreatq;, sed subinde ex opinione hominum, & pro ratione status mutetur: ut proinde id, quod hominum opinionibus vagis & incertis gubernatur, in artis constantiam cadere non videatur. *Resp. enim,* Diversitatem illam legum per singulas gentes, aut ejusdem quoque populi non magis Jurisprudentiam artem esse negare, quam Ethicam à Philosophiæ corpore avellit varietas decori ꝓ genio & ingenio cujusq; populi, in cultu, gestu & habitu omni externo: aut eloquentiam extra artis claustra vagari ꝓbat, quòd alia in Republ. Romana libera, profusior scilic. & libertatem referens: alia sub Impp. nimirum adstrictior, & quasi imperii freno exercita fuerit. Nam ista quoq; diversitas non ex ipsa Juris fluit natura, ac si illud ipsum non sit unum & perpetuũ

ac

ac per hoc ab arte remotum: sed quoniam 1. non omni tempori omnia conveniunt, ut navis docemur exemplo, in cujus administratione alia in secunda, alia in adversa tempestate, usui esse videmus *Coras. de Jur. Civ. in art. red. part. 1. cap. 14.* 2. quia nec ab omnibus populis eodem modo jus naturæ inditū cognoscitur, & juxta illud societatum jura construuntur cùm utique gentes aliæ aliis sint incultiores, & leges aliæ aliis magis & minus cum Jure, quod naturâ inest, conveniant. *Diodor. Tulden. de Caus. Corrupt. Jud. lib. 2. cap. 6. Non movet;* Quòd hactenus plurimi summi ingenii viri juris artem extruere conati fuerint, eventu tamen parum felici. *Resp. enim* inde non sequi: rem ipsam in ordinem non posse cogi: cùm id potiùs ex vitio illorum autorum, quàm Jurisprudentiæ fuerit profectum. Quis enim propteà Medicinam, aut alias disciplinas ex numero artium ejecerit, quòd Medicos aut aliarum artium peritissimos artifices in plerisque hallucinari contigerit. Nec certè despero, si quibusdam JCtis eximiis id negotii demandatum fuerit, quin ex Connani, Donelli, Althusii, Corasii, Vigelii, Pacii, Vulteii & aliorum Commentariis & Jurisprudentiis quæ (ut cum *Just. ex l. 1. §. 5. C. de V. J. E.* loquar) non omnes in omnia, sed certæ per certa, vel meliores, vel deteriores reperiuntur, Jus nostrum eleganti methodo concinnatum nobis exhibere possint. *Non deniq; obst.* Quòd omnia commodè in Jure definiri ac dividi nequeant, dum omnis in jure definitio est periculosa *l. 202. ff. de R. J.* & definitiones propriè sunt substantiarum: Jus autem Civile accidentia contemplatur. *Resp. 1.* Perquam ineptè *d. regulam 202.* ad definitiones Logicas à quibusdam referri, quasi in disciplinis Practicis & dehinc in Jurisprudentia accuratæ definitiones, quæ subverti nequeant, non dentur: cùm contrariū multis exemplis demonstrari possit, nisi jam tum multa hac de quæst. ꝑter opinionē dixissē. Vide intereà *Neltel. de usu organ. p. 5. in pr. cap. 5. Dom. Arum. tr. de mora lib. 2. cap. 2. num. 17. pag. 57. Philipp. Matth. ad d. l. 202.* Potiùs igitur ad circumscriptam quandam juris sententiam, sive regulam eandem l. refero cum allegatis à Dissentiente *Hilligero in Discept. de bon. fid. jud. th. 14. & Harmenopulo lib. 6. de leg. var. t. 2. n. 35.* quem allegat *Gothofr. ad d. l. 202.* quia 1. etiam alibi definitio pro regula posita reperitur, *ut in l. 22. §. 1. ff. quando dies le-*

 gat.

gat. cap. 1. pr. 2. Feud. 25. l. 10. ff. de aur. & arg. leg. l. 1. ff. de reg. Caton. & 2. vix ulla tàm generalis regula potest demonstrari, quæ in quibusdam officiū suum non amittat quemadmodum tamen potest, uti supra dictum, talis in Jure ostendi definitio. Idcircò cum *Philipp. Matth. d. loc.* non dubito, quin si accurata adhibeatur industria, Jurisprudentiæ æquè ac aliarum disciplinarum materia ritè definiri possit. Quapropter malè rursus à difficultate ad impossibilitatem dissentientes colligunt: nisi eo ipso turpiter fateri velint, quasdam ex disciplinis Theoreticis, artis præceptis includi non posse, propterea quòd quosdam Philosophos in iis definiendis, & dividendis errasse deprehendamus. 2. Falsum prorsus illud est, quòd accidentia definiri nequeant. Nam licèt non ut res suâpte naturâ subsistentes, cujusmodi sunt substantiæ, definiri valeant; possunt tamen secundùm suam naturam & essentiam, quæ etiam cuivis accidenti propria est, describi; alia namque est essentia tutelæ, alia obligationis, alia item actionis, quod utique ad recipiendam definitionem sufficit. Definitio enim autore *Cicerone inde Orat. est brevis & circumscripta quadam explicatio naturæ ejus rei, quam definire volumus.* Et quid denique hinc quæso aliud sequitur, quam ipsam quoq; Logicam: quæ tamen nobis viam & rationem definiendi monstrat, certâ methodo non posse tractari, quippe cujus potissimam prædicamentorū partem mera accidentia esse novimus. Tandem verò minimè *omniū obst.* ꝙ ars sit constans præceptorum concordia, & summa consensio. At verò in jure nihil sit frequentiùs quàm fluctuantes & pugnantes JCtorū sententiæ. *Resp. enim* 1. negando ullam in Jure nostro existere antinomiā, cùm ad hanc ut vera sit, maximè requiratur ut sint LL. constitutæ eodē tempore, locoq; & eædem ubiq; sint circumstantiæ, quod de Jure Codicis & D. ut & Constitutionū Nov. hautquaquā potest asseri. 2. Dato non autem concesso, quod dentur in hac nostra Jurisprudentia præcepta contraria, eo tamen ipso non rectè artis nomen denegatur, cùm aliàs non una sit extitura scientia, sicubi omnium authores inter se dissentiant, put latè ꝓbat & deducit *Ludov. Pellej. Carnut. in Confut. eor qui Jus Civ. art. aut scient. tit. non esse donandū asserunt.*

Aphor 42. Jus publicū quasi populicū, variis modis in jure nostro dicitur: 1. Ratione formæ sive modi constituendi & causæ ef-

sæ efficientis, quod publicâ authoritate & publicè constitutum est, quo respectu omnia Jura & leges Juris publici dici possunt *Wesenb. in π. ff. h. t. n. 14.* nec enim leges æquè principaliter, ut Magistratus ad Reipubl. utilitatem pertinent, cùm potissimùm privatorũ gratia ferantur, *Anton. Fab. Jpr. Papin. h. t. pr. 5.* 2. Ratione adjuncti, vel authoritatis, quoniam ita pendet à ll. ut non sit in privatorum hominũ potestate id cuivis tribuere, veluti testamenti factio *l. 3. ff. qui testam. fac. poss.* quippe quæ, dum non nisi patribus fam. *ex l. 12. tabb.* competit *l. 120. ff. de V. S.* filiofam. à patre tribui nequit *pr. Inst. quib. non est perm. fac. test. & l. 6. pr. ff. qui test. fac. poss* huc quoq; refero *l. 38. ff. de pact. l. 20. ff. de relig. & sumpt. fun. l. 15. §. 1. ff. ad L. Falcid. Donell. 2. Com. c. 5.* vel etiam necessitatis, quòd speciatim publicâ authoritate imponitur ut tutela *pr. Inst. de Excus. tut. l. 9. ff. de his qui sui vel al. jur. l. 17. §. 2. ff. de excus. tut. Excellentiss. & Consultiss. Dn. Ludvell. in not. ad h. §. fin.* 3. Ratione finis, quia alterius juris privati intuitu, magis ad conservationẽ Reipub. pertinet, quâvis non nisi p consequentiã, cujusmodi sunt familiarũ conservatio *l. 1. §. 13. ff. de ventr. inspic* & dos *l. 1. ff. solut. matrim Don. d. loc.* 4. Ratione objecti & finis confusè considerati, quia Reipubl. utile est & cõmune omniũ Civiũ *l. 1. & 2. ff. de ll.* quâ in significatione sæpius jus cõmune & publicũ inter se miscentur *vid. l. 51. § pen ff. de fidejuss. junct. l. 116. § 1. de R. J. l. 7. §. 16. ff de pact. l. ult. C. de in integr. restit. l. 45. de R. J. l. 51. §. ult. ff. ad L. Aquil.* quamvis alioqui, etiã in generali rerũ omniũ divisione invicem maximè differant *§. 5. & 6. I. de R. D.* Tandem quoq; ratione objecti & finis proprii & absoluti, quod in *§. fin. h. t.* definitur, & & ad statũ rei Romanæ (ita namq; cũ Florentina juxta illud *Taciti lib. 8 annal. apud majores virtute, quàm pecunia res Romana m. liùs stetit:* & notissimũ Ennii versum: *Moribus antiquis res stat Romana viriſq;*, legere malim) pertinet, ac quidem directò imediatè & principaliter *juxta Aph seq. 43.* Et hoc ad duo capita revocat *Ulp. in l. 1. §. 2. ff. h. t.* Religionem scil. quæ respicit sacra & cultũ divinũ, & Magistratum. Namq; ut subditi in officio contineantur metus Deorum ad hoc efficacissima res est *Liv. 1. Histor.* quæ quidem pars hodiè non ampliùs ut olim teste *Cic. 3. de Orat. A. gell. 10. Noct. Att. 20. Valer. Max. lib. 8. cap. 8.* ad JCtos pertinet, sed Theologorum propria est. Altera autem quam unum,

verbum

verbum MAGISTRATUS explicat, totum illud Jus & quodcunque ad administrationem Reipubl. pertinet, complectitur, quò omnia Jura majestatis, itemq; pacis, belli, fœderum sunt referenda, de quibus hodie Aurea Bulla Caroli IV. & recessus in Comitiis Imperii videri possunt *Treutl. Vol.1. Disp.1. th.3 lit.B.*

Aphor. 43. certè ad principia.] Ne quodammodo secum pugnare videatur Author *in hoc & seq. 45. Aphor.* observandum est: cum *inf. d. Aphor. 45.* Jus publicum considerare & intelligere constituendum, quatenus ad id præcepta naturalia, Juris Gent. & Civilia concurrere debent, ita tamen ut universa non suam propriam naturam per omnia retineant, sed ad indolem Reip. flecti cogantur: simili planè modo, quemadmodum eadem præcepta in privato jure extruendo, nonnihil de suâ proprietate remittunt, eo fine, ut causæ privatorum & utilitas juvetur *l. 6. ff. de J. & J.* Hîc autem Jus publicum ut constitutum habet, & ita totum ad Juris Civilis principia examinari posse rectè negat, ob solidâ hanc rationem; quòd non ad æquitatis & æqualitatis normam, ut jura privatorum, sed ad id, quod Reipubl. est opportunum aptetur. Unde quia eadem nemini injuria infertur, dum de re privata nihil quicquam disponitur: nec etiam poterit ad æqualitatis regulam sive Jus Civile illud exigi, *Wesenb. in π. ff. h.t. n.14.*

Aphor. 44. Singulorum] Singulos hîc intelligit non unum aut alterum, quasi privatum jus sit, quod in unum, aut alterum in Republ. privatum fertur [tale enim jus potiùs dicitur personale *l. 1. § fin. ff. de Const. Princ.* & vulgò privilegium *Cic. de ll. c. privilegia 3. dist. 3.* quasi lex, quæ in privos, h. e. singulos, ut doctè *Agell. 10. Noct. Att. 20.* observavit, fertur. *Costan. de Dotib. cap. 7. n.2.*] sed omnes in Republ. existentes, distributivè tamen non collectivè sumtos *l. 7. §. 1. ff. quod cujusq; univ. nom.* ut sit jus privatum, quod ratione habitâ cujusq privatim utilitatis constituitur, & in hominum singulorum rebus, atq; bonis maximâ sui parte occupatum est *Vult. ad h. §. 11. n. 1. Mynsing. ibid. n. 6.* adeoq; privatum dicitur, ratione objecti & finis, non etiam authoritatis, quo respectu hoc quoq; publicum rectè appellari posse plus quàm manifestum est ex iis, *quæ supra Aphor. 42.* notavi.

Aphor. 45. Iniquè *Rudolph. Agricola lib. 2. de Invent. Dialect.* accusat Justinianum & Ulpianum, quasi uterque excluso Jure publi-

publi-

publico, de privato solùm asserat, ex præceptis naturalibus, Juris Gent. & Civilibus esse collectum, prout idem quidem affirmant *Matth. Wesenb. in Isagog. Inst. lib. 1. n. 4. & in π. ff. h. t. n. 14. Cujac. & Borcholt ad h. §. fin. Connan. 1. Comm. c. 4. n. 2.* cùm tamen nequaquam isthæc utriusq; sit animi sententia, sed solùm cogitent Jus privatum levi ac simplici viâ novis Justinianeis, & tyronibus proponere ac proinde meritò sui promissi memores, & instituto deservientes altum de jure publico faciant silentium *Gædd. ad l. 6. de V. S. n. 11.* Aliàs namq; certum est, jus quoque publicum ex iisdem principiis conflatum, & similiter ut privatum vel commune, vel proprium esse. Magistratus namq; ordinatio haut dubiè ad Jus publicum refertur *l. 1. §. 2. de I. & I.* adscribitur tamen is ipse ab Hermogeniano Juri Gent. *l. 5. ff. h. t.* quin imò nec naturæ ignotus is est, cùm etiam animalia suum habeant magistratum *c. in apibus 41 caus. 7. quæst. 1.* Sic quoque religio est Juris Gentium vel potiùs naturæ *l. 2. ff. d. t.* inde tamen sacra omnia, partem Juris publici, ortum traxisse dubium nullũ est. Sed nec hæc solùm, verùm etiam alia, ut in ferendis legibus, bellorum jure, fecialibus & legatis piè inviolatèq; servandis, quæ cuncta sunt Juris publici, Romani cum aliis Gentibus *l fin ff. de legat. & l 5. ff. de I. & I.* habebant communia *Vultei. ad h. §. Gædd. ad d. l. 6. de V. S. num. 11. & plurimi alii quos refert & sequitur Harpr. ad h. §. in fin.* Non igitur *movet*, quòd Romani in alias potiùs gentes, quam hæ in illos habuerint imperium, ac consequenter nec ab illis quicquam mutuati credantur. *Resp.* Committi fallaciam causæ: Non enim superioritas causa Romanis extitit, ut hoc vel illud aliarum Gentium institutum probaverint, sed quia id æquum & justum esse videbatur. *Non obst.* quod ita contra nos *Matth. Wesenb. in d. loc.* movet: aut spectamus sacra, quibus Romani in paganismo sunt usi; aut ea, quæ post religionem Christianam invalescentem: si priùs, certum est, nec pluralitatem Deorum Gentilium, nec cultum simulacrorum ullam habere in humana indole rationem *teste Platone & Varrone:* sin hoc, minus dubium est, sacra nostra Christiana humanæ menti fuisse ignota. *Matth. 16. v. 17. Joh. 1. 1. Cor. 7.* Resp. enim malè colligi à negatione speciei ad negationem generis: cùm non dicamus nec exigamus, hanc vel

E illam

illam sacrorum ordinationem naturæ cognitam esse, sed in genere asseramus: religionem & cultum divinum humanis mentibus divinitùs esse implantatum *d. l. 2. ff. de I. & I.* sic enim appositè dicit *Blondus lib. 1. de Rom. triumph. omnium hominũ animos religionis quadam occupavit opinio, licèt ceremoniis discriminentur,* & *Cic. 1. de ll.* *Nulla gens est* (ait) *neque tàm ferrea, quæ non etsi ignoret qualem DEUM habere deceat, tamen habendum sciat. Et lib. 2. de nat. Deor. Omnibus enim innatum est, & in animo quasi insculptũ, esse Deos: quales sint variũ est, esse nemo negat.* Nec adversatur quòd sacra & Sacerdotes, quibus Romani utebantur tempore Justiniani, magna ex parte fuerint abrogata, & consequenter ex immutabilibus naturæ principiis *§. pen. I. de I. N. G. & C.* non constiterint *Wesenb. in π. ff. h. t. nu 4.* Resp. à sublato accidente ad ipsam rem ineptè colligi. Nam licèt modus & ritus colendi Deum & sacra tractandi exoleverit, religio tamen ipsa ceu fulcrũ & fundamentum sacrorum, mentibus hominum eruta non est. Et si hæc argumentandi ratio procederet, sanè nec jus privatum ex iisdem principiis collectum esse dicendum foret, quandoquidem & illud ipsum ad amussim cum lege naturali non congruit *infr. Aphor. 64. Junge Duar. ad l. conventionum 5. ff. de pact. Vult. ad h. § fin. n. 2. & Coras. de art. Jur. part. 2. cap. 2.*

Aphor. 46. & 4. seqq. Enodanda hìc veniret quæstio omnium certè spinosissima, & intricatissima: *an scil. & quatenus Jus naturæ brutis competat:* quam in utramq; partem dissentientium argumentorum pondera ita reddidére dubiam, ut ferè juraver m cũ Prætore *in l. 13. §. fin. de recept. arbitr. & l. 36. ff. de Jud.* mihi in re tàm ambigua non liquere. Sed eam nunc missam facio, maximè propterea, quia quæ hinc à *Domino Valentino Riemero in Prælectionib. suis publicis*, qui disertè & copiosè omne omninò jus naturæ brutis denegat: inde à *Domino Erasmo Ungep. in Prælectionib. itidem publicis Altorfinis*, qui ex opposito jus naturæ propriè sic dictum brutis competere asserit, Dominis meis Præceptoribus disputata sunt, propediem in lucem proditura sperantur; ut hinc meritò in iis recensendis prolixior esse desinam, hoc solùm addito: Quod si Philosophorum Peripateticorum, & ex his summi Aristotelis sequi velimus sententiam, certũ esse nullũ propriè & formaliter jus in bruta cadere. Etenim si jus omne constat æqui-

quitate & authoritate, & nullũ datur jus inter quos non æquum & bonum, lex & justitia est *Arist. 5. Ethic.6.infr. Aphor.50.* qui potest brutis, inter quæ nec æquũ & bonũ, nec lex & justitia ulla est, sed ad cuncta impetu quodã rapiuntur, jus propriè tribui. Naturales itaq; affectiones, motus, stimulos, & instinctus, adeoq; materiam quidem Juris naturæ bruta cum hominib. habent cõmunia, destituuntur tamen forma & moderatrice eorundem, nimirum ratione, quæ ad justitiã easdem dirigeret. Verùmenimverò si mentem tùm Justiniani, tùm quoq; JCtorum spectare & sectari velimus, (quod in hujuscemodi quidem facere non tenemur) sanè ut in aliis pluribus crassiùs quandoq; & pinguiùs eosdem locutos novimus: ita etiam hac in parte voce juris abusos esse, & ex sua quidem mente propriè jus animalibus attribuisse fatendũ est *arg. l.1. in fin ff b. t.* ubi Ulp. specificam differentiã constituit inter Jus naturale & gentiũ, quòd illud omnib. animantibus sit commune, hoc non item, quæ sanè differentia specifica non esset, si illud tantùm participativè & inclinatione tenus brutis competere voluisset, cùm etiam ea, quæ sunt Juris Gent. ut propulsatio injuriæ *l. 3. ff. b. t.* nobis cum brutis sint communia *inf. Aphor.52. Ita ferè sentit Anton. Fab ad b. l. 1. Buda. ibid. Bachov. ad Tr.Vol.1. Disp.1.tb.4.l.C.& part.1.ff c.de Jure n.6. Mynf.ad pr. I.de I. N.G.& C. n.3. & 4. Rittersh.ad d.pr. Henr.Beß Disp. ad n.1.tb.4.p.17.*

Aphor. 55. Neq; verò solùm in Jure naturæ definiendo, totamq; discrepantes sunt Dd. sententiæ: quin & in Jure Gent. describendo & distinguendo admodùm variant Interpp. Idcircò quia in eodem Author noster nihil certi definit, sed relatis duabus sententiis, cujusvis arbitrio alterutram eligendi permittit optionem, hic quâ ratione Jus Gent. à naturali differat, & distinctas species constituat, brevibus ita simplicissimè declaro. Patet ex præcedentibus, Juris naturalis hominis proprii causam constituentem & formalem esse rationem: sed ea ratio causa quoque efficiens dicitur Juris Gentium §. 1. *I. de I. N. G. & C.* ubi Justinianus, *quod naturalis* (inquit) *ratio constituit inter omnes homines, vocatur Jus Gentium.* Quomodo igitur differunt? Dic ratione objecti & subjecti: Nam si ratio ea, quæ nobis naturâ cũ brutis cõmunia insunt, dirigit ad unius tantùm homin s justitiã, tunc efficitur Jus naturale: Sin ea, quæ & homini sunt ꝑpria,

Quâ ratione Jus Gent. à n͞aali differat.

& cum beluis communia, etiam congenita, quæ tamen non nisi in societate & congregatione locum habent, ad plurium justitiam ordinat, tum Jus Gentium dicitur & constituitur. Et hoc quidem posterius, quoniam fit diversimodè, dum vel ipsâ naturâ & ratione ducente, & secundùm naturam absolutè quippiam constituitur, *v.g.* ut parentibus & patriæ pareamus *l. 2. ff. h. t.* & datam fidem servemus *l. 1. ff. de Const. pec.* vel non nisi urgente quâdam necessitate, quòd alia media hominum malitiæ occurrendi non suppetant, cujusmodi sunt bella, servitutes, & captivitates *§. 2. Inst. d. t. & l. 5. ff. eod.* Ideoque melioris tum distinctionis, tum quoq; informationis gratiâ Dd. illud Jus Gent. primævum: hoc secundarium appellare voluerunt. Quam divisionem & nos ringente licèt Corasio, qui Plutonis familia dignam judicat, meritò retinemus *cum Dn. Arum. Ex. Just. 1. th. 14.* 1. quia juxta modò dictam explicationem maxima inter utramq; speciem est diversitas, cùm illud propiùs ad Jus naturæ accedat, & ut noster *hic Aphor. 55.* dicit: semper & immutabiliter servari debeat, ac propterea sæpissimè cum Jure naturæ confundatur, vide *§. pen. I. de I. N. G. & C. §. 11. J. de R. D. l. 1. ff. de A. R. D. l. 1. pr. ff. de pact. l. 1. pr. ff. de minor. l. 84. ff. de R. J.* hoc autem ab eo sit remotius, & cessante necessitate faciliùs aboleatur. Accedit 2. quòd illud secundùm ipsam naturam ex ratione introductum: hoc autem impellente & urgente necessitate per ratiocinationem & viam conclusionis, ac nonnunquam etiam contra naturam & ipsum primævum receptum sit: ut hinc 3. Nisi diversas Juris Gent. species constituerimus, absurdè concedendum foret, 1. unum idemq; Jus Gent. se mutuò ponere & quoque destruere, 2. & textus illos, quibus servus jam naturaliter obligari dicitur veluti *l. 13. & l. 64 ff. de condict. indeb. l. 14. ff. de O. & A.* alibi verò negatur *l. 22. ff. de R. J. §. 6. Inst. de inut. stip.* nullâ ratione conciliari posse. Neque enim illi priores de Jure naturæ homini cum brutis communi exaudiri juxta quosdam possunt, ne turpissimè sequatur, etiam bruta obligari posse: neque etiam de hominis proprio, quippe quo & ipso incognita adhuc erat obligatio, quæ ad minimum duos exigit *Dn Franzk. Ex. 1. quæst. 5. num. 6. & seq. Bachov. part. 1. ff. de I. & I. c. de Jure n. 8.* Sed & si ex mente *Dn. Riemeri Dec. 1.*

quæst.

quæst. 5. Jus Gentium ratione subjecti videlic. gentis interpretari & distinguere quis velit, clarius & fortius hujusce distributionis apparebit veritas. Jus namq; Gentium iste dictum credit, quod à gente & cum gente cœpit, & absq; eâ, tanquam suo subjecto nondum extitit, cùm sit accidens. Quemadmodum igitur non protinus ab Adamo & uno homine factus est saltus ad Civitatem, sed prius oportuit fuisse certas domos & familias, ex quibus demum congregatis Respubl. conflaretur: ita quoque necessarium fuit, ne domus una & familia, quæ sæpissimè gens appellatur *teste Connan. 1. Com. cap. 5.* sua destitueretur justitiâ, aliquod peculiare jus extitisse, quod utiq; rectè domesticum sive Gentium primævum vocatur, eò, quòd subjecto, h. e. domo & ætate sit prius eo, quod demum Republ. posteà exurgente constitutum erat. Ut ita hæ duæ species relativè sibi invicem opponantur, & per sua subjecta & objecta perpetuâ differentiâ diffideant, *Dn. Riem. d. Dec. 1. quæst. 4.*

Aphor. 61. & aliquot seqq.] Quod cum pace & venia liceat virorum cætera acutissimorum *Dn. Georgii Franzkii & Dn. Valentini Riemeri Patronorum meorum longè maximorum*, tentabo, an sententiam nostri Authoris & aliorum, qui Jus nostrum Civile sive Commune, sive proprium intelligas, ratione potiùs quàm opinione & nudo placito constare arbitrantur, quibusdam propugnare argumentis valeam. *Primò* igitur aliquod dissentientium alibi propositum argumentum ita huc applico: Quod dicitur de genere, idem quoque de singulis speciebus est dicendum. At nullum omninò potest esse jus quod careat ratione *Dn. Franzk. Ex. 1. quæst. 3. n. 2. Dn. Riem. in prælect. publ. ad quæst. An jus cadat in bruta? ex Arist. 5. Ethic. 6.* Nec igitur Jus quoque Civile dabitur ullum, quod rationem non habet: aut si tale fuerit, non jus, sed furor *Mynsing. ad §. 1. I. de I. N. G. & C. in fin.* sed perniciosa corruptela *c. mala 3. dist. 8.* & vetustas erroris fuerit *c. consuetudo 8. d. Dist. 8.* 2. Si ratio cujusq; legis in ejusdem interpretatione spectanda toties inculcatur, vide *quæ dixi supra Aphor. 14. junct. l. 47. ff. solut. matrim. l. 77. §. 20. ff. de leg. 2. ibiq; Gothofr. lit. N.* necessariò utiq; quædam supponenda est. Non entis enim nullæ sunt qualitates *l. fin. ff. pro socio l. 4. §. 1. ff. de action. emt.* 3. Dum lex dicitur comune præceptum virorum pruden-

tum *l.1.ff de ll.* Ideoq; verosimile non est, eam verâ justaq; ratione destitui. 4. Quia nihil prorsus hactenus ex jure nostro deductum video, cujus non probabilis aliqua ratio dari possit. Nec enim *moror* exemplum *à Domino Riemero d. Disp. 1. quæst. 6.* adductum numeri testium in testamentis solennibus septenarii, quasi illius nulla solida ratio assignari queat: quia contrarium *infr. Aphor. 32. Dissert. 7.* luculenter Deo volente demonstraturus sum: quemadmodũ etiam termini Saxonici satis convenientem rationem à Rauchb. investigatam mihi prorsus persuasum habeo. *Non obest*, quòd actus aliàs satis honestus, reddi possit per legislatorem illicitus, prout idem exemplo donationis inter virum & uxorem prohibitæ declarat *Dn. Franzk d. Ex. 1. q. 7.* ut ita bonitas & malitia actuum ex mero legislatoris placito pendeat. *Resp. enim* Posse quidem legislatorem pro ratione status, & ita factorum circumstantiis urgentibus justissimè constitutum immutare, vel prorsus tollere, non tamen aliter nisi major quædam ratio id fieri jusserit, ut ex jam dicto donationis inter vir. & ux. exemplo satis evidenter apparet: quæ tantùm abest, ut ex nuda legislatoris opinione interdicta credenda sit, ut ejus potiùs prohibendæ gravissimas & urgentissimas causas idem habuerit, quemadmodũ constat ex *l. 1. in fin l. 2. l. 3. l. 31. §. 7. in fin. ff. de don. int. vir. & ux. l. 27. ff. de pact. Wesenb. in π. ad d. t. de don. int. vir. & ux.* Ideoq; autoritas quidem causa juris existit, non tamen nisi ratione tanquã Consule id suadente, quò *Dn. Franzkii* verba *in Ex. 1. q. 3. n. 2.* refero, quando ait: *Ex duobus omne jus constat, æquitate & autoritate*: ubi ista præcedit, hæc sequitur. Ita namq; etiam servitus simpliciter considerata primis Juris naturalis principiis est contraria *§. 2. I. de I. N. G. & C. §. 2. I. de I. Jur. pers.* conclusionib. tamen inde deductis nequaquam, sed supposito bello, eâq; hypothesi, quòd melius sit hominem servare, quàm occidere, omninò juxta naturã introducta rectè dicitur. Minꝰ verò *officit* nostræ sententiæ *l. 20. ff. de ll.* quia quâ ratione ista sit intelligenda jam *sup. Aphor. 9.* monui. Jus igitur Civile omnè, sive fiat per additionem, sive detractionẽ Juris naturalis, proficiscitur vel ex solida aliqua ratione: vel ex judicio quidẽ humano, q; tamen longa ab experientia & prudentia ita est informatum, ut dum idem sæpiùs eod. modo evenire viri prudentes conspiciunt, principia ipsa cernere

videan-

videantur: ac proinde ejusmodi usu peritorum ac prudentum sententiis & pronunciatis non minus, quàm demonstrationibus meritò credatur & obtemperetur *juxta Arist. 6. Ethic. 10.* Ita sentiunt *Connan. 1. Comm. 1. n. 4. 5. & 6. Dn. Arum. Ex. 1. th. 3.*

Aphor. 65. Contra Jus divinum.] Esset hîc de ea quæstione: *an & quatenus legibus forensibus Mosaicis per leges Politicas possit derogari?* circa quam varias tùm Theologorum tùm quoq; Politicorum deprehendo sententias, occasio disserendi satis commoda, eamque & ipse lubens amplecterer: nisi præter opinionem superiora sub manib. excrevissent, neq; etiam nulla, quæ propiùs meum institutum sunt, adhuc discutienda superessent, quapropter sufficere arbitror si authores, qui hinc inde contentionis seriam trahunt, allegavero. Videri igitur possunt, si quibus lubet, *Dn. Joh. Gerhard. Loc. Theol. Tom. 3. cap. 16. n 39. Wilhelm. Zepper. Tract. de Legum Mosaicarum forensium explanatione lib. 1. cap. 2. Helvic. Ulr. Hunnius Tract. de Autorit. Jur. Civ. cap. 1. quæst. 7. Calvinus JCtus in Themide Hebræo Romana.*

Aphor. 69. Hactenus Jus naturæ Civili juri rectè opponitur, quòd hoc tanquam Individuum, quod variis solet esse mutationibus obnoxium *Dn. Riem. Decad. 1. q. 6.* totum quantū quantū est sæpe tollatur & mutetur: illud verò cùm sit generale & universale, adeoq; etiā incorruptibile *Arist. lib. 1. Poster. Analyt. Con. 164.* licèt in Republ. aliqua dum applicatur civibus, inflexionē quandam patiatur, in se tamen immutabile permaneat: exemplo sit maris & fœminæ conjunctio, quæ ne brutorū more promiscuè fiat, tàm Jure Divino quàm Civili in numerum est coacta, & nuptiæ constitutæ legitimæ. Quatenus igitur jus naturæ modificationē, alterationem, & declarationem recipiat, quia perspicuè & eleganter præ cæteris tradidere *Dn. Franzk. Exerc. 1. q 10. Bachov. ad Treutl. Vol. 1. Disp. 1. th. 4. lit. D. & Joh. Fab. ad §. pen. I. de I. N. G & C.* ideoque in eo declarando diutius immorari nolo, sed hoc duntaxat moneo: ad Juris Civilis mutationē nonnisi summâ necessitate urgente, & evidenti utilitate exposcente, adeoq; lento gradu, & exemplo Læcrorū non nisi laqueo collo circumducto procedendum esse: cùm omnis in Republ. legum mutatio sit periculosa *Cic. pro Cæcin. Plutarch. in Lycurg.* & sint minimè mutanda, quæ interpretationem semper certam habuerunt *l. 23. de ll.* Ac

dein-

jus civile est mutab. jus natur. et immutab.

deinde nihil propterea decedere de dignitate Juris Civilis si (verba sunt *Sexti Cæcilii apud Agell. lib. 20. N. A. cap. 1.*) *pro temporum moribus, Reipubl. temporibus, utilitatum præsentium rationibus, & vitiorum, quibus medendum est, fervoribus* leges mutari contigerit: quoniam ipse quoq; Deus ex his, quæ veteri testamento statuerat, nonnulla in novo mutavit *c. non debet 8. de consangv. & affin.*

Aphor. 73. Locus hic moneret contra eos disputare, qui nihil naturâ justum, sed omnia opinione & hominum instituto talia esse somniârunt *veluti Pyrrho, Aristo & Carneadas de quib. vide Lactant. lib. 5. cap. 10.* Verùm quia illis jam masculè se apposuerunt *Ebem. de princip. Jur. lib. 7. cap. 18. pag. 494. Bachov. part. 1. ff. de I. & I. cap 3. n. 7. & inprimis Henr. Bessel. Differt. ad Pand. 1. th. 2. pr.* ita ut eorum industria ne tantillum indiscussum & insuper expediendum reliquerit: idcirco eodem me remissum cupio, & ad alia progredior.

An scriptura sit de essentia legum?

Aphor. 74. Quod Scriptura, quâ consignationē literarū denotat, nec ad essentiā nec existentiā aut materiam legis pertineat, id quidem jam satis luculenter probatū dederunt *Dn. Ungep. Ex. 2. quæst. 6. Harprecht. ad §. sed & quod principi 6. I. & I. N. G. & C. n. 34. & plures ibidem allegati.* Sed tamen ut idem dilucidiùs appareat, age, ritus antiquos ferendarum legum sub libera Republ. summâ rerum adhuc penes populum existente, proponam, qui tales ab antiquariis feruntur, tradente *Philippo Carolo in animadv. ad Agell.* Incidente causa & negotio, quod legibus antiquitùs decisum non reperiebatur, populus universus per comitia convocabatur, & à quodam Senatorii ordinis, sive is Dictator, sive Consul, sive Prætor, vel etiam Præfectus urbis fuisset hâc solenni formula, quam Brissonius observavit, compellabatur: Velitis, Jubeatis, Quirites, simulq; negotium recitabat. Factâ rogatione prodibant Principes populi, qui ad eam legem vel accipiendam vel vetandam Quirites cohortabantur, idq; Historici propriè vocant SCISCERE. Quod si legem probarent, in promtu erat formula: uti rogas, jubeo: Sin vetarent, antiquo. *Liv. lib. 38.* A quo rogandi sciscendiq; more factum est, ut principio cujusq; legis præfigerentur hæc verba: Consul populum jure rogavit, populusque jure scivit. Istis omnibus peractis protinus

lex

Legum ferendarum ritus antiquus:

lex erat, & in æs, ob votum perpetuitatis ut probat *Johan. Ferrar. Montan. ad §. ex non scripto I. de I. N. G. & C.* incisa ad ærarium deferebatur teste *Sveton. in Cæsar.* plura de more antiquo legum rogandarum qui desiderat, adeat *Agell. 13. N A. 14. Rosin. lib. 8. Antiq. Rom. Anton. August. de ll. cap. 7.* Ex jam dictis duo liquent: 1. Quâ ratione lex dicatur communis Reipubl. sponsio *in l. 1. ff. de ll.* videlicet, quoniam ad instar stipulationis legitimâ rogatione sive interrogatione præcedente, ac responsione ceu promissione seu sponsione subsecutâ, condita fuerat. 2. Incisionen in æs, quam hodiè Scriptura refert, legem jam tum constitutam secutam fuisse, ac proinde merum & purum putum legis accidens scripturam meritò statui, ad hoc potissimùm utile, & commodum, ut lex in populi notitiam eò meliùs & faciliùs pervenire queat, *arg. l. 2. §. 4. ff. de O. J.* Nec cuiquam scrupulum injiciat, quòd cùm finis sit legis ad obedientiam alligare eos, quibus fertur, istum suum finem lex priùs obtinere non videatur, quàm si omnibus innotuerit; ut hoc modo scripturam omninò adhuc ad essentiam legis pertinere, dicendum sit. *Resp. enim* Imò ex eo ipso, quòd per scripturam lex dicitur innotescere, apparere, istam jam ante vim & essentiam suam habuisse, quam videlic. totam trahit ab eo, qui legis ferendæ jus & potestatem habet. Quid enim si præconis vivâ voce lex promulgaretur? Quid si cunctis, quos obligare debet, præsentibus uti ex superioribus constat, lex esset rogata? Quid si non omnes literas legere sciant? Quid si memoriâ leges custodiri jubeantur? Annè his casibus omnibus non priùs quàm scripturæ accessu legem nasci, aut ad sui observantiam adstringere dixeris? Certè quisquis id ausit, ad agnatos, ut mollissimè dicam, & gentiles mittendus est: cùm non animadvertat, eo ipso leges Lycurgi, quas memoriâ quàm scripto comprehendi maluit *§. 10. I. de I. N. G. & C.* legum numero citra suum meritum prorsus ejici. Quodcunq; igitur salvâ lege adesse, vel abesse potest, id profectò nequaquam pars istius essentialis appellari meretur. Nec moveat quenquam argumentum Hunnii, quod proponit *lib. 1. V. R. tract. 1. quæst. 22. ex l. 35. ff. de ll.* hunc ferè in modum: Si hactenus Jus consuetudinarium opponitur legi, quòd ad illud Scriptura non sit necessaria: sequitur quod sit necessaria ad legem, & consequenter pars quædam

ejusdem essentialis. Resp. enim non omne necessarium, esse statim partem rei essentialem, præsertim si necessitas ista non fuerit absoluta, sed ex hypothesi. Quamvis igitur concedi possit ex civili instituto, veluti apud Athenienses, atq; ita ex hypothesi: interdum etiam propter latitudinem imperii leges conscribi necesse esse: ea tamen necessitas ex accidenti dependet, & nec perpetua est nec universalis. Graviùs verò dubium movet *l. 8. C. d. ll.* in qua modus & forma legum sub Impp. ferendarum proponitur, & inter alia, sine quibus lex subsistere non debeat, requiritur, ut dictetur & consequenter, ab alio calamo excipiatur & scribatur *arg. l. 1. C. de his qui sibi adscrib. junct. l. 9. §. 1. ff. de hered. inst.* Etenim licèt ad hoc respondeat *Harpr. d. loc. num. 55.* 1. Negando consequentiam, quoniam dictari quoq; dicitur, quod vivâ voce proponitur *arg. l. 22. C. de testam.* ad id tamen potest regeri, 1. Imò per dictantes in citato loco intelligi posse scriptores testamentorum, quippe de quibus in casu simili æquè ac hic nulla dubitatio est *in l. 27. ff. qui testam. fac. poss.* vel 2. Jurisperitos, qui testamenta dictare ea intentione solebant, ut ab aliis in scripturam redigerentur *l. 88. §. 17. ff. de leg. 2. ibiq; Gothofr. lit. a.* & 3. licèt alibi vox ista sic accipi concedatur, tamen an hoc quoq; loco, id meritò negari *pr. l. 69. pr. ff. de leg. 3.* cùmprimis 4. quia ideò Impp. τὸ dictare requirunt, ut post dictamen q. votis collectis demum recenseri, h. e. vivâ voce recitari possit, adeoq; scriptura omninò supponatur. Cui nec quicquam *obest*, quod idem *Harpr.* excipit: recenseri quoq; dici, quod sine scriptis ore proprio exprimitur *l. 3. §. 7.* ibiq; *Gl. in verb. recensitione ff. ad exhibend* Quia eandem interpretationē & significationem satis apertè respuunt ipsa *d. l 8.* verba, quæ diversis actibus dictamen, & ex eo recitationē desiderant, nisi grande ταυλολογίας vitiū Impp. cōmisisse dixeris, dum ex ejus explicatione talis ordo præscriptus sequitur. 1. Tractetur de lege, 2. Dictetur, h.e. vivâ voce proponatur, & 3. recenseatur, h. e. vivâ voce exprimatur. Quo nihil potest excogitari absurdius. *Deinde* respondet ~~*ad d. l. 8.*~~ *Harpr. d. loc.* ordinē inibi ꝓpositū non necessitatis, sed honestatis esse. Verùm & huic reclamant ipsa verba textus, ubi *in fin.* Impp. dicunt: nullū posthac legem promulgari debere, nisi suprà dicta forma & modus per omnia observatus fuerit. *Tertiò* ad eandem *l.* excipit

pit *Dn. Ungep. d. sup. loc. in Nego circa fin.* Inibi tantùm de externo modo legis promulgandæ tractari. Quod tamen & ipsum vix potest subsistere; quia utiq; scriptura requiritur ad ipsam constitutionē, quæ sanè præcedit promulgationē non aliter quàm aperturā testamenti, ejusdem fabricatio. Quomodo enim nondum existens promulgari poterit? 2. Quia demum post dictamen accedere debet autoritas Principis, ut vim & vigorē legis istiusmodi constitutū sortiatur: Si igitur absq; Principis confirmatione lex nulla est *l. ult. C. d. t.* qui poterit ista ut lex promulgari? His itaq; sententiis explosis convenientissimè *d l. 8.* ita pro nostra sententia explicandā censeo. Imperatores quidē Thedosium & Valent. exemplo Augusti, (qui occupato Imperio, populo non pauca concessit, ut idem Dion Cassius prolixè exsequitur) similiter aliquid de suo Jure Senatus populiq; Romani favoris retinendi studio remisisse, permittendo Patrib. conscriptis ut de lege condenda, cum universis Judicibus, mentis suæ sententias exprimerent, & q sibi placuerit, scripto comprehenderent; hac tamen sub conditione & lege, ne legis vigorē istorū placitū priùs obtineret, quàm suarū serenitatum authoritate firmarentur: hinc, cùm ista tractatio, dictamen & consignatio unicè ab Augustorū, qui soli leges constituendi facultatē habent *l. ult. C. d. t.* nutu & voluntate penderet, Senatus quoq; precariā solùm authoritate uteretur: meritò dicimus: ad legis quā vim obligandi habet, essentiā non magis ibi scripturā desiderari, quàm hodiè ad Principis constitutionē, Consiliariorū de eadē deliberationē & votorū collectionē.

Aphor. 75. & seqq. Quâ ratione scriptura ad legem pertineat, jam dictum est, nimirum ut accidens, quod ut absit vel adsit legi, in mero legislatoris placito positū est, quando is legem à se conditam vel scribendam, vel memoriæ mandandam vult injungere. At verò sic non videtur jus scriptū accipere Justinian. *in §. constat: 3. I. de I. N G. & C. & JCtus in l. 6. § 11. ff. eod.* sicubi eid. speciem oppositā facit *§. 9. d. t* consuetudinem sive jus, quod usu invaluit; potiùs ex ipsius mente jus scriptum rectè dicitur, q expresso consensu ab eo, qui Juris condendi potestatē habet, cōstituitur, & statim ut sanctū est, legis vigorem obtinet: non scriptū verò quod moribus demum & usu receptum est. In quo tamen duo peccare videtur. 1. Quod ad jus scriptū jam dicto modo intellectū requi-

Differentia juris scripti & non scripti.

legis

ferit responsa prudentũ: quandoquidem illa nõ aliter juris authoritatem obtinuerint, nisi quatenus usu & morib. à populo vel deinde posteà ab Impp. approbata essent *l. 2. §. 5. de orig. Jur. Author. inf. Aphor 85.* uti nec minùs Plebiscita SCta & Edicta Prætorũ, quæ itidẽ authoritatẽ, & vim suã obligandi universum populum, non à nativitate statim, sed à populi demũ approbatione, vel orationibus Principum nacta sunt *inf. Aphor. 84. l. 1. pr. §. 1. & 2. junct. l. 9. ibi: contra SCti & l. 12. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 22. ff. de petit hered.* Alterum, in quo Tribonianus judicium suum præcipitavit, est, quòd huic divisioni jam dicto modo explicatæ illustrandæ leges & instituta Atheniensium & Lædæmoniorum adduxerit: quasi altera Respubl. legibus duntaxat expresso consensu factis: altera verò moribus solùm & Jure Consuetudinario usa fuisset: cùm tamen non tantùm leges Spartanæ à Lycurgo expresse sancitæ fuerint, test[illegible] *arch. in Lycurg.* ubi dicit: νόμους γεγραμμένους ὁ Λυκοῦργος οὐκ ἔθηκεν, h. e. leges scriptas Lycurgus non posuit. Ergò tales quæ memoria custodiebantur. *§. 10. Inst. h. t.* quinimò ipsum Lycurgum leges suas sumtuarias Rhetris inscripsisse explicatè tradat *Ammian. Marcellin. lib. 16. rer. gestar.* Verùm etiam Athenienses moribus quædam recepta instituta habuerint.

Aphor. 82. Voluntas Principis potissima & unica causa est, ut lex aliqua generaliter, vel inter certos duntaxat observetur, in tantum, ut etsi in negotio uno & singulari Princeps quid definiendo statuerit, & tamen voluerit, ut omnium similium caussarum fata componat, meritò generalis constitutionis autoritatem habeat *l. 3. C. de ll.* non obstantibus verbis *d. l. finalibus ibi: interlocutionibus, quas in uno negotio &c.* quæ accipimus non de sententiâ definitivâ, sed solùm interlocutoriâ, ut tantùm de hac negetur, pro lege generali haberi debere: non verò de illa; Cui nostræ distinctioni non adversatur *Ulpian. in l. 1. §. 1. ff. de Constit. Princip.* quia hic ad duplicem modum judicandi respiciens verbo interloqui, quodammodo abutitur, quasi dicere velit: sententia dicta à Principe legis vim obtinet non modò si pro tribunali & solemniter, sed & si de planò eandem tulerit, modò tamen utrobiq; definitiva non interlocutoria intelligatur. Aliter hoc dissidium componit *Bachov. ad §. 6. I. h. t. num. 6.* aliter alii

quos

quos vide apud Harprecht. ad d. §. 6. num. 4. & seqq. De duplici judicandi more vide eundem *Bachov. part. 1. ff. de I. & I. cap. de Jure num 2.* Sed si vicissim noluerit Princeps ad alios sententiam inter hunc vel illum dictam porrigi, id quoque observandum, & constitutio ista personalis habenda erit. Ita interpretor verba *d. §. 6. quod Principi placet legis vigorem obtinet.* Nam quamvis leges universales *l. 8. ff. de ll.* & commune præceptum esse *l. 1. & 2. ff. d. t.* ac cum omnibus unâ voce loqui debeant, & insuper leges privatas irrogari vetuerit *L. 12. tabb.* prima, quæ sic habet: Privilegia ne irroganto. Attamen quin Impp. ob peculiare meritum, aut delictum atrocius legi generali in tantum derogare valeant, ut certæ quædam personæ ab ejus observatione eximantur, nihil prohibet: non natura legum, cùm ejusmodi constitutiones & privilegia non tàm leges, quàm ex parte legum abrogationes sint *Author hic:* non etiam *d. L. 12. tabb.* tùm quoniam ista in Republ. tantùm populari, non Monarchicâ, ubi ad unum Principem omne imperium, etiam in ipsas leges devolutum est *l. 1. ff. de Const. Princ. Nov. 105. cap. 2.* valuit: tùm quoq; quia ibi privilegia longè alio significatu dicuntur, ac eodem nos hic accipimus. Ibi enim privilegium denotat legem, quæ in singulos quos veteres privos appellârunt, fertur, eosque duntaxat obligat: id quod ob æquitatem inter omnes custodiendam meritò prohibitum esse fateor. Hic autem nos privilegia, uti jam dictum, interpretamur peculiarem certarum personarum à legibus universalibus exemtionem, quæ sic ita dicantur, quòd privent, h. e. eximant legum vinculo, sive in favorem vel etiam odium alicujus istiusmodi exemtio facta sit. Prior namq; significatio, ubi pro quâdam prælatione sive prærogativâ privilegium usurpatur, est notissima *ex l. 12. C qui potior. in pign l. 25 ff. de reb. cred. tot. tit. ff. de privil. cred. & tot. tit. ff. de privil. veteran. & aliis sexcentis.* Posteriori verò sensu accipitur *à Cic. in Orat. pro domo* quando dicit: non legem, sed nefarium privilegium in se à Clodio fuisse latum. Utraque notatio satis apertè comprobatur *d. l. 1. ff. de Const. Princ. & d. §* illis verbis: *nam quæ Princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam pœnam* (intellige graviorem quam lege ordinaria præscripta erat, forte an propter exemplū)

 irro-

ferit responsa prudentû: quandoquidem illa non aliter juris authoritatem obtinuerint, nisi quatenus usu & morib. à populo vel deinde posteà ab Impp. approbata essent *l. 2. §. 5. de orig. Jur. Author. inf. Aphor 85.* uti nec minùs Plebiscita SCta & Edicta Prætorû, quæ itidê authoritatê, & vim suâ obligandi universum populum, non à nativitate statim, sed à populi demû approbatione, vel orationibus Principum nacta sunt *inf. Aphor. 84. l. 1. pr. §. 1. & 2. junct. l. 9. ibi: contra SCti & l. 12. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 22. ff. de petit hered.* Alterum, in quo Tribonianus judicium suum præcipitavit, est, quòd huic divisioni jam dicto modo explicatæ illustrandæ leges & instituta Atheniensium & Lædæmoniorum adduxerit: quasi altera Respubl. legibus duntaxat expresso consensu factis: altera verò moribus solùm & Jure Consuetudinario usa fuisset: cùm tamen non tantùm leges Spartanæ à Lycurgo expresfsè sancitæ fuerint, teste *arch. in Lycurg.* ubi dicit: νόμους γεγραμμένους ὁ Λυκοῦργος οὐκ ἔθηκεν, h. e. leges scriptas Lycurgus non posuit. Ergò tales quæ memoria custodiebantur. *§. 10. Inst. h. t.* quinimò ipsum Lycurgum leges suas sumtuarias Rhetris inscripsisse explicatè tradat *Ammian. Marcellin. lib. 16. rer. gestar.* Verùm etiam Athenienses moribus quædam recepta instituta habuerint.

Aphor. 82. Voluntas Principis potissima & unica causa est, ut lex aliqua generaliter, vel inter certos duntaxat observetur, in tantum, ut etsi in negotio uno & singulari Princeps quid definiendo statuerit, & tamen voluerit, ut omnium similium caussarum fata componat, meritò generalis constitutionis autoritatem habeat *l. 3. C. de ll.* non obstantibus verbis *d. l. finalibus ibi: interlocutionibus, quas in uno negotio &c.* quæ accipimus non de sententiâ definitivâ, sed solùm interlocutoriâ, ut tantùm de hac negetur, pro lege generali haberi debere: non verò de illa; Cui nostræ distinctioni non adversatur *Ulpian. in l. 1. §. 1. ff. de Constit. Princip.* quia hic ad duplicem modum judicandi respiciens verbo interloqui, quodammodo abutitur, quasi dicere velit: sententia dicta à Principe legis vim obtinet non modò si pro tribunali & solemniter, sed & si de planô eandem tulerit, modò tamen utrobiq; definitiva non interlocutoria intelligatur. Aliter hoc dissidium componit *Bachov. ad §. 6. I. h. t. num. 6. aliter alii*

quos

quos vide apud Harpreebt. ad d. §. 6. num. 4. & seqq. De duplici judicandi more vide eundem *Bachov. part. 1 ff. de I. & I. cap. de Jure num 2.* Sed si vicissim noluerit Princeps ad alios sententiam inter hunc vel illum dictam porrigi, id quoque observandum, & constitutio ista personalis habenda erit. Ita interpretor verba *d. §. 6. quod Principi placet legis vigorem obtinet.* Nam quamvis leges universales *l. 8. ff. de ll.* & commune præceptum esse *l. 1. & 2. ff. d. t.* ac cum omnibus unâ voce loqui debeant, & insuper leges privatas irrogari vetuerit *L. 12. tabb.* prima, quæ sic habet: Privilegia ne irroganto. Attamen quin Impp. ob peculiare meritum, aut delictum atrocius legi generali in tantum derogare valeant, ut certæ quædam personæ ab ejus observatione eximantur, nihil prohibet: non natura legum, cùm ejusmodi constitutiones & privilegia non tàm leges, quàm ex parte legum abrogationes sint *Author hic:* non etiam *d. L. 12. tabb.* tùm quoniam ista in Republ. tantùm populari, non Monarchicâ, ubi ad unum Principem omne imperium, etiam in ipsas leges devolutum est *l. 1. ff. de Const. Princ. Nov. 105. cap. 2.* valuit: tùm quoq; quia ibi privilegia longè alio significatu dicuntur, ac eodem nos hîc accipimus. Ibi enim privilegium denotat legem, quæ in singulos quos veteres privos appellârunt, fertur, eosque duntaxat obligat: id quod ob æquitatem inter omnes custodiendam meritò prohibitum esse fateor. Hîc autem nos privilegia, uti jam dictum, interpretamur peculiarem certarum personarum à legibus universalibus exemtionem, quasi ita dicantur, quòd privent, h. e. eximant legum vinculo, sive in favorem vel etiam odium alicujus istiusmodi exemtio facta sit. Prior namq; significatio, ubi pro quâdam prælatione sive prærogativâ privilegium usurpatur, est notissima *ex l. 12. C qui potior. in pign. l. 25. ff. de reb. cred. tot. tit. ff. de privil. cred. & tot. tit. ff. de privil. veteran. & aliis sexcentis.* Posteriori verò sensu accipitur *à Cic. in Orat. pro domo* quando dicit: non legem, sed nefarium privilegium in se à Clodio fuisse latum. Utraque notatio satis apertè comprobatur *d. l. 1. ff. de Const. Princ. & d. §* illis verbis: *nam quæ Princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam pœnam* (intellige graviorem quam lege ordinaria præscripta erat, forte an propter exemplū)

arrogavit, *personam non egreditur*. Est præterea & alia privilegii significatio, istas denotans Constitutiones, quas Principes in favorem non quidem privatorum hominum, sed vel corporis alicujus universitatis, vel ejus qui officio publico benè functus est, gratiâ promulgant *l. 2. & 3. C de ll.* quas ipsas contra Dd. communiter sanctiones Pragmaticas esse censeo. Etenim licèt has vulgò interpretentur & constituant sanctiones, quæ extra Corpus Juris Civilis insuper feruntur: rectiùs tamen ita dictas puto, quòd sint negotiales sanctiones, h.e. quæ ob causam publicam & communem negotiorũ functionẽ in speciale privilegiũ impertiri consueverunt, id quod ipsum ex verbis *Justin. in Constit. de Justin. Cod. confirm.* §. 4. Zenonis *in l.ult.C.de divers. recept.* & deniq; Anastasii *in l.2.C. de Comit. Consistor.* altiùs & exactiùs pensitatis haut difficulter colligi potest. *Adsentitur Joh. Ferar. Montan. ad* §. *sed & quod Principi 6. I. de I. N. G. & C.*

Aphor. 83. Otio non ingenio abundare viderer, si universas sententias, earumq; argumenta, quæ circa hanc quæstionẽ, quam nemo non ferè Interpretum *ad h.* §. *6.* pertractat, congerere vellim. Attamen quia isthæc nunc discutienda proponitur & mei instituti ratio postulat, ut vel autoris sententiã confirmem, vel quæ aliàs de eadem mea sit opinio, aperiam: Idcircò ne & provinciæ susceptæ deesse videar, nec tamen verbositate tædiosa fastidium & nauseam concitem, quasdam duntaxat hypotheses & postulata, quorum subsidio contraria argumenta facilè diluuntur, adducam & staturninabo. *Primò* igitur omnium, ut verè Principem omnibus omninò legibus liberatum asserere possimus, præsupponendum est ex disciplina Politica: Legis nomen propriè non mereri præceptũ, quod vim quandã coactivã externã adjunctam non habuerit *per l.1.& 7.ff. de ll.* quod plurib. probat *Dn.Riemer. Dec.1.q.7. & Balthas. Meisn. Differt. de ll. lib.4. sect.1 q. 6. n.2.* ubi vim coactivam formam & proprietatem legum constituit. Id quod non videtur intelligere *Heinric.Bessel Disp ad Pand.1. th.5. pag. 25.* dum subsumit: Ergò leges de ultimis voluntatibus in defectum provisionis humanæ disponentes, & quæ concubinatum permittunt, leges propriè non erunt: Quandoquidem ut evidens est, elenchum ignorantiæ phraseos: δυναμει ἀναγκαστικῇ armatũ esse, committit; cùm eam non ad pœnam solùm

lam restrictam cupiat Dominus Riemerus: sed eò, ut quisque Imperio Romano subjectus talem legem actuum suorum, nisi eosdem de Jure irritos & nullos esse voluerit, normam & regulam necessariò agnoscere teneatur. 2. Positâ hâc legis propriâ naturâ, facilè patet authorem hic jus naturale (cujus vi coactiva Principem solutum asserit) intelligere non absolutum, quod sola honestate & pudore interno munitum est: sed approbatum, quod per approbationem lex esse & δύναμιν ἀναγκαστικὴν habere cœpit. *l. 2. §. 10. junct. §. 20. & 23. C. de V. J. E.* 3. Distinguendum esse jus Principis, & quæstionem, quid Principi facere liceat? ab ejusdē officio & ea quæstione; quid, quò feliciùs & melius Rempubl. administrare possit, facere conveniat? pro ut hæc duo probè distincta videmus *in §. ult. Inst. quib. mod. test. infirm.* ut de eo, non de hoc exaudiatur nostra assertio. Quo distinctionis fœdere dilui potest *c. justum Dist. 9.* quod novissimè Dn. Riemero objicit *Hein. Bessel d. loc.* & pleraq; ejusd. argumenta ficulnea. 4. Et maximè præsupponi Principem, in quem omnis potestas à populo translata, cujusq; arbitrio cuncta gubernentur, uno verbo Monarchā: Hujus namq; dignitas & excellentia nequaquā patitur, ut legum nexib. obstrictus, & sic aliqualiter subjectus existat. Quocirca rursus nulla est responsio *Heinr. Bessel* ad argumentum *Dn. Riemeri*, quòd idem sibiipsi imperare nequeat: quando dicit: *Principem sibi quidem ipsum non imperare, sed legem à se latam*: siquidem dum lex omnem suā vim ex constitutione & voluntate Principis habet, exinde non possit non necessariò fluere: eundem eodem modo & superiorem & inferiorem legibus esse, quò tamen nihil est ineptius. 5. *& ultimo* separandas esse leges Imperii fundamentales, in quas Princeps initio regni jurare cogitur, ab aliis legibus à se positivis. Illas namque vi juramenti ex Jure Gentium, ut quivis homo alius ex contractu obligatus, & virtute conditionis, sub qua ad Imperii fastigium admissus est, quæ pro forma habetur *l. 3. pr. ff. de Collat.* observare tenetur: istas autem utpotè essentiam ex sua authoritate & instituto habentes, non æquè *arg. l. 22. pr. de leg. 3. & l. pen. de recept. arb.* Hisce nunc fundamentis jactis solidè sua argumenta superstruit *Dn. Riem d. Dec. 1. q 7.* & optimè hanc nostram sententiā robustissimis & validis-

lidissimis argumentis propugnat. *Cui adjunge Dn. Franzk. Ex. 1. quæst. 8. Bachov. ad Vol. 1. Treutl. Disp. 1. th. 6. lit. D. & part. 1. ff. de Constit. Princ. num 8. & ad §. ult. Inst. quib mod testam. infir. Ant. Merend. 2. Controvers. cap. 14.* qui plures plurium autorum sententias cumulatè suppeditant.

Aphor. 84. Dixi *supra ad Aphor. 75.* Edicta Prætorum non legislatoriâ aliquâ potestate juris authoritatem habuisse, sed eam demum per tacitam populi approbationem fuisse nacta, eò quòd æquitati potissimùm innixa Reipubl. utilia viderentur: Id quod nunc in commodum locum delapsus, ita demonstro: 1. Quia nusquam apparet in Prætores facultatem juris condendi fuisse à populo translatam: sed solùm constat, eosdem magistratū juris reddendi, & interpretando supplendi gratiâ fuisse creatos *l. 2. §. 13. ff de O. J.* quippe quo intuitu Prætor viva vox legis *in l. 8. ff. de I. & I. & à Cic. in 3. de ll. & Justin. Nov. 24.* custos Juris Civilis nuncupatur. At verò longè est aliud dicere sive reddere jus, quàm sancire & condere. Illud tanquam magistratus: non autem hoc ceu supremum jus majestatis Prætores habuerunt. Neque huic quicquam *officit*, quòd imò etiam Prætori majestas quædam attributa legatur *in l. 9. de Jurisdict. l. pen. ff. de I. & I.* Resp. enim verbum majestatis esse amplissimum, & applicari vel personis, vel rebus: & illis vel principaliter ut denotet eminentiam & dignitatem ejus ipsius, cui tribuitur, *veluti in l. 4. C. de ll. l. 1. C. ut nem. priv. tit. præd. &c. tot. tit. ff. & C ad L. Jul majest.* & ubicunq; de Principe vel populo superiorem non recognoscente enunciatur, Vel secundariò & non nisi p quandā repræsentationem, propterea, quòd hic vel ille functione sui muneris majestatem populi alicujus liberi vel Principis referat. Et hoc modo etiam Prætori majestatem *in d. l. 9.* assignatam planè credo; quia nimirum magistratuum à populo constitutorū violatione, ipsius populi majestas quoq; læsa videtur *l. 3. ff. ad L. Jul. majest.* Rebus quoq; majestatem tribui novum non est, & illis quidem, quas ob suam præcellentiam & dignitatem aptiore verbo exprimere non possumus. Ita majestas nominis *à Martial. lib. 1.* majestas loci *à Liv. lib. 1.* majestas in oratione *à Cic. de amicitia,* dicitur. Ad eundem quoq; modum majestatem imperii Prætoris, quam in judi-

cando

cando observare tenetur *d. l. pen. de I. & I.* amplitudinem sive uti hodiè loqui amant gravitatem interpretor. 2. Ita pro nostra sententia colligo: Qui motu proprio jus potest figere, idem is quoque propriâ authoritate & ausu poterit refigere. Jus enim omne Civile ex instituto & voluntate ejus, qui ferendæ legis habet potestatem, valet *sup. Aphor. 62.* Verùm Prætores nihil contra jus statuere, nec leges ullas abrogare poterant *l. 12. §. 4 de Publ. in rem. act. l. 12. §. 1. ff. de bon. possess. l. 1. ff. ex quib. caus. major. l. 14. ff. de testib. l. 5. §. 8. ff. de injur. l. 39. ff. de noxal. act. l. 10. §. 1. ff. de capt. & postl. rev. l. 6. §. 2. ff. de Confess.* Sed de iis saltim edicebant quæ legibus jam tum definita, aut expressè vetita non erant, ac plerunq; indirectò & datâ aliquâ exceptione, ne apertè legis majestatem convellere voluisse viderentur. Ergo. *Nec obest l. 7. ff. de I. & I.* ubi dicitur Jus Civile etiam per Jus Prætorium posse corrigi. *Resp. enim* Correctionem ibi intelligendam esse vel admitti posse eam, quæ non sit contra expressum Jus Civile prohibitivum. Sic *v. gr.* quando Jus Decemvirale suos tantùm ad successionem vocat, videntur quidem eo ipso emancipati exclusi. Attamen, quia expresse non prohibentur: Ideoq; Prætor naturali æquitate motus eosdem suo Edicto ad possessionem admisit *pr. Inst. de bonor. possess.* 3. Hinc quoque non parum juvatur nostra sententia, quòd *in pr. Inst. de perpet. & temp. act.* dicitur: actiones Prætorias per annum duntaxat vivere, ratione hâc adjectâ: quod etiam ipsius Prætoris imperium tantum esset annuum: unde liquidò constat istorum Edicta, non aliter & diutiùs valuisse, nisi quatenus jure magistratus defenderentur. Cum quo non pugnat quòd imò actiones prætoriæ etiam fuere perpetuæ *d. pr.* ibi: *furti quoq; & l. 35. ff. de O. & A.* De eo namque *inf. ad Diss. 16. Aphor. 65.* pluribus Deo volente acturus sum. Hinc ut spero evidenter liquet, Prætorum Edicta per se nequaquam propria autoritate: sed durante magistratu precaria potestate: eo verò finitò, populi approbatione & consensu Juris vim & vigorem obtinuisse, ac consequenter perperam inter Juris scripti, *sup. Aphor. 71.* ex mente Justiniani explicati species referri. Secus est, si ad tempus Justiniani velimus respicere, quoniam hic eadẽ in Corpus Juris redigendo, æqualem omnibus Juris partibus confirmatione accommodatâ autoritatem tribuit.

Aphor. 88. In populari.] Hoc certè necessariò dicendum est, modò suffragii & factorum comparatio *in d. l. 32.* rectè constare debet. Ita namq; Julianus colligere videtur: Penes quem est expresso consensu & suffragiis legem jubere: Idem quoq; factis & tacitâ suâ voluntate consuetudinem & jus inducere poterit. Quid enim interest, suffragiis populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis? Atqui constat in statu Monarchico populi suffragiis legem non ferri, sed solùm in Republ. libera & Populari. Ergo. Pro minore stabilienda ita insuper argumentor. Juris condendi potestatem nullus populus habet, nisi qui superiorem non recognoscit *l. 9. ff. de I. & I. junct. l. 7. §. 1. ff. de capt. & postl. reverſ.* At verò consuetudo est juris species *§. 9. I. de I. N. G. & C. d. l. 32. & 2. ll. seqq. ff. de ll.* (cui non obloquitur, quòd nonnunquam facti dicatur consuetudo: quia ita dicitur, quatenus ex factis consensum populi testantibus oritur, & in dubium vocata per eadem probatur) & populus utiq; in Monarchia alii est subjectus. Ergo. Hinc quoq; fluit, quod populo sub Monarcha constituto, cùm jus suffragii eidem sit ademtum, nec possit leges sui Principis per alias oppositas ll. abolere multo minus per consuetudinem legibus Principis derogare, quò procul dubio rectè refero *l. 2. C. quæ sit long. consuet. cum Authore hic & Placentino attestante Br. in d. l. 2.* Atq; ita citra difficultatem pugnam *d. l. 32. ff. de ll. & d. l. 2. C. quæ sit long. consvet.* quam alii teste *Ludov. Pelleo in q. An Jus Civ. sit ars vocant indissolubilem* conciliabimus; istam de populo libero exaudiendo (quippe quod præter jam dicta, valdè quoq; urget collatio legislatoris *in fin. d. l. 32.* cum populo: quæ vitiosa efficeretur, si populus in antecedentibus intelligeretur subjectus:) hanc verò de populo alterius cujusdam manui subjecto accipiendo. Nec quicquam movet, quòd jam tempore Juliani, cujus est *d. l. 32.* quiq; vixit tempore Adriani Imperatoris teste *Val. Forst. lib. 1. Hist. Jur. cap. 37.* jus omne à populo in Principem jam tum migraverit, ac proinde malè de libera Republ. intelligatur. *Resp. enim* Perquam familiare Jurisconsultis esse, rem aliquam non ad rationem suorum temporum sed priscæ Reipubl. formæ pertractare, & demum suo seculo accommodare. Quod idem ut etiam hic à Juliano factum credam, inducor verbis *d. l. 32.* finalibus, quando subjicit: id quod antiquitus ob-

tinue-

tinuerat, rectissimè sua ætate fuisse receptum, ut videl. ad modum antiquæ Reipubl. quemadmodùm in ea tam expresso, quàm tacito consensu totius populi jus omne sanciebatur: ita similiter sub Impp. vel horum suffragio, vel populi subjecti consuetudinem inductam approbante tacito consensu & connniventia jus & leges ordinentur. Vel 2. haut incommodè *d. l. 32* accipere possumus juxta notata *ad Aphor. 74.* circa finem & dicere: Romanos Principes auræ popularis retinendæ studio, sæpiùs adhuc jus suffragiorū populo concessisse, & hactenus probè suffragiorum cum factis collationem subsistere. Ita ferè sentit *Duaren. ad l. 9. ff. de I. & I. Bach. part. 1. ff. c. de Consued. circ. fin. pag. 65. ubi aliquàm multos authores variè circa hanc q. sentientes allegat, quibus adde Dn. Franzk. d. Ex. 1. q. 9. Dn. Ungep. Exerc. 2. q. 8. Hillig. Donell. Enucl. lib. 1. cap. 10. lit. K. & quos agminatim enumerat Harpr. ad §. 9. I. de I. N. G. & C. n. 50.*

Aphor. 93. Ut actus ad inducendam consuetudinem habiles Judici appareant, animadvertat is necesse est, utrum tribus his seqq. qualitatibus vestiti fuerint. 1. quidem VOLUNTATE populi consuetudinis inducendæ, ut scil. eo animo fiant, unde apparere possit, populum id factum pro jure haberi voluisse *arg. l. 1. §. 6. ff. de itin. actuq. pr.* Si quid igitur per errorem bis aut ter fuerit observatum, consuetudinem & jus non facit *l. 39. ff. de ll.* 2. FREQVENTIA *l. 1.* ibi: *frequenter C. quæ sit long. Consv. l. 3* ibi: *frequenter C. de ædif. privat.* ut idem toties eodem modo factum sit, quo ex iteratione de voluntate & consensu utentis populi, vel totius vel majoris partis constet. Vix igitur unus aliquis aut duo actus suffecerint, cùm quod semel aut bis fit frequenter factum dici nequeat *l. 15. §. 22. ff. de injur.* neq; ex eo voluntas populi unquam satis probari possit, & deniq; vox ipsa consuetudinis, quæ pluralitatem demonstrat, repugnet. 3. CONSTANTIA ut perpetuò in eodem controversiæ genere ita sint celebrati *l. 38. ff. de ll.* Nam si contrarius atq; è diametro pugnans cum cœpta consuetudine, actus intercesserit: jam voluntas contraria præsumitur & præscriptio quodammodo interrumpitur *l. 10. C. de præscript. long. temp.* Tali modo si fuerint actus instructi, nihil prætereà refert, utrum sint judiciales, sive contradictorio judicio firmati: an ve-

ro

Consuetudinis requisita

error non consuetudinem facit

rò extrajudiciales, & à populo in Civili societate exerciti: cùm quæ tacito consensu, ut jus hoc consuetudinariũ, introducuntur, judicis sententiam non requirant *l. 28. C. de transact.* quamvis non negare velim, quin judicialium ad probationem consuetudinis major sit vis & ἐνέργεια, prout idem haut obscurè Ulpian. innuit, dum ei, qui consuetudinem probare satagit, expeditioris & melioris probationis causâ hoc consilium suggerit: ut primùm omnium circumspiciat & exploret, an etiam aliquo contradicto judicio ea consuetudo firmata fuerit *in l. 34. ff. de ll.* quo certè ipso actus extrajudiciales à probatione nequaquam segregantur. Ita *Dd communiter* sentire asserit *Br. in d. l. 32. n. 13. ff. de ll. & l. 2. C. quæ sit long. consuet. n. 19.* eamq; sententiam in Camera judicando observari testatur *Gail. lib. 2. Obs. 31. n. 8.* De temporis diuturnitate, quia nihil certi in Jure nostro definitum, sed plurima diversi temporis epitheta, quæ studiosè collegit *Dn. Ungep. Exerc. 2. q. 7. in fin.* consuetudini assignata reperimus: propterea idem quoq; Judicis arbitrio definiendum relinquimus *arg. l. 1. §. fin. ff. de Jur. delib. l. 32. ff. de usur. l. 137. §. 2. ff. de V. O. l. 1. §. 1. ff. de Effract.* qui ex conditione objecti & decursu temporis, quo actus isti sunt exerciti, arbitrabitur num populus tacitè consensisse, adeoq; consuetudinem introduxisse videri possit *Duaren. ad tit. de ll. cap. 11.* Unicus adhuc scrupulus *à Mynsing ad §. 9. I. de I. N. G. & C. n. 6.* injectus, quem à nullo hanc quæstionem pertractante attactum video, hîc eximendus superest. Ita autem iste colligit: Si horum omnium definitio Judicis arbitrio committitur: sequitur eum Jus facere posse. Sed falsum est posterius *per l. 33. ff. de ll.* Ergo etiam prius. *Resp.* malè cohærere antecedentis connexionem, quandoquidem Judex arbitrando nequaquam jus facit; sed consuetudinem saltim ubi ex jam dictis notis eadem à populo inducta apparet, confirmat, & juxta eam pronunciat, quod ipsum eidem licere nec *Mynsing. d. loc.* difficulter concedere videtur.

2

BERNHARDI SUTHOLT U. J. D.

Dissertationum Aureolarum

Ad Institutiones Justinianeas

SECUNDA,

Cum VINDICIIS Illustribus

sive

Commentario,

Quo tum Autoris mens quandoq; obscurior illustratur, tum verior ubiq; sententia à novissimis Neotericorum telis, ac corruptelis vindicatur & defenditur.

QUAM

JOVA JUVANTE

Scitu & permissu Magnifici JCtorum ordinis

sub Præsidio VINDICIS

SEBASTIANI Beer / LAUFENSIS NORICI,

Publico privatæ eruditorum censuræ submittit

SEVERINUS Weiß / Cizensis.

die 25. Julii

A. O. R.

CIↃ IↃC XXXV.

JENÆ

E Calcographéo Weidneriano.

Præſtantiſſimo atq; Doctiſſimo

DN. RESPONDENTI, amico & commenſali ſuo longè chariſſimo.

MAteries, modo quam volvis, chariſſime frater,
Eſſe hæc nupturis maxima cura ſolet:
Maxima cura tibi eſt, Themidos graviſſime cultor,
propugnas ſocii dum ſacra jura thori.
Obveniat Themidos, Veneris tibi Dos precor ampla,
Grata hæc materies ſic tibi ſemper erit.

Animitùs gratulatur

Chriſtianus Auguſtus Furſchatz.

QUæ ſunt Jura Tori, quæ tradidit INDUPERATOR,
queq; marita tibi conſocianda venit,
discutis & tractas doctè, doctiſſime VVEISSI,
vindice dum BERIO *ſolvis ab ore theſes.*
Ingenii famam ſumma cum laude parabis:
Ergo tuis cœptis gratulor ex animo.
Hinc Venus atq; Themis dignos meditantur honores
quæ tibi pro meritis ſerta parata ferent.

Ita Præſtantiſſ. Dnō. Reſpondenti
Fautori, Patriotæ ac Commenſali ſuo fraternè colendo
gratulabundus depropemabat
Michael Reinhardt
Cizenſis.

Ad Præstantißimum atq; Eruditißimum Dn. Respond. Amicum, Fautorem & Commensalem meum exoptatissimum.

EXimiæ specimen præbes, doctissime, doctis
Indolis in thesibus nunc probè, WEISSE tuis;
Dum quibus ostendis connubia, munera fiant,
Et cui nascatur filia legitima.
Perge ita; sic Themidi perge invigilare sacratæ,
Gratus eris Jhovæh sic patriæq; tuæ.

Matthias Mencke Lubb. Westph. scribebam

FINIS.

DISSERTATIO II.

De

Patria potestate, ejusq; tum constitutione per

NUPTIAS, LEGITIMATIONEM, ADOPTIONEM, tum dissolutione.

Ad Tit. 8. 9. 10. 11. & 12. *libri* 1. *Instit.*

APHORISMUS I.

SUmma personarum divisio ex primo statu fuit in liberos & servos. Liberi ex secundo statu rursum dividuntur in cives Romanos & peregrinos, quia privilegia & jura civium Romanorum, de quibus *Sigon. tot. lib. 1. de antiq. jure civ. Wolfg. Lazius de Rep. Rom. lib. 12. cap. 1. in fin. &* novissime *Rittershus. comm. in 12. tab. class. 2. cap. 3.* ad omnes homines liberos non pertinebant. Civitatem enim dare, olim rarum, nec nisi virtuti pretium erat, teste *Tacit. lib. 3. Annal. lib. 23. cap. 20. & cap. 31.* Item *lib. 27. cap. 5. lib. 31. cap. 15.* & tempore quoq; Impp. summi beneficii loco per speciale indultū dabatur civitas Romana, ut constat ex *Plin. lib. 10. Epist. 6. 7. & 8.* usque donec ex Const. Antonini omnes, qui in orbe Romano sunt, cives Romani sunt effecti *l. in orbe 17. ff. de stat. hom.* quo ipso *gravissime atq; humanissime factum est, ut omnes ad Romanum imperium pertinentes societatem acciperent civitatis, & Romani cives essent*, ait *Augustin. lib. 5. de civ. Dei cap. 17.* Unde & Roma dicitur communis nostra patria *l. 33. ff. ad municip. l. fin. ff. de interd. & releg.* & hoc jus sequentes porro Impp. auxerunt. Vid. *Novell. 78. cap. 5.* ibique *Cujac.*

2. Inter cives Romanos differentiam rursum facit tertius status, qui familiæ est. Exinde enim dicuntur alii esse sui juris, alii alieno juri subjecti, vel, quod idem est, alii patresfamilias, seu suæ potestatis, alii filiifamilias, seu in potestate & sacris paternis adhuc dum constituti.

3. Quocirca tractationem de dominica potestate minus recte hic repeti existimo. Pertinet enim ea proprie ad primum statum, & sicut primus status secundo, hic tertio generalior est, arg. *l. ult. ff. de cap. minut.* ita & divisionum indidem sumptarū altera est alterius subdivisio, ita ut servi non magis hic, sive sui, sive

sive alieni juris dici possint, quam id, quod ne animal quidem est, aut bestia, aut homo appellari meretur, atque hoc nomine vehemẽter mihi probatur, quod Michael Attaliates in sua, quã Imp. Michaelis Ducæ jussu Græce scripsit, sive pragmatica, sive Synopsi (extat in Tom. 2. Juris Græco-Rom. à Marquardo Frehero nuper editi) *titul. 1.* post divisionem hominum in liberos & servos, divisione proxima eos, qui procreantur, ait nasci vel ex legitimo matrimonio, vel ex fornicatione, atque illos in potestate patris esse, hos non item.

NB. quo respectu patria potestas dicatur civium Romanorum propria? 4. Patria potestas simpliciter & absolute considerata descendit ex jure gentium. Pater enim naturâ imperat liberis, sicut Rex subditis. *Arist. 8. Ethic. cap. 10. & 11.* Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit. *Plin. in Panegyr. Trajan.* Respective autem & determinate ad Remp. Romanam, quatenus ibi novis qualitatibus induta est, & specialibus effectibus firmata: potest dici civium Romanorum propria *l. 3. ff. de his, qui sui vel alien. jur. §. 2. h. t.*

in quantum se extendat illa. 5. Jam inde enim à Romuli tempore, in Repub. Romana pater jus vitæ & necis in filios habuit, imo etiam majorem potestatem, quam dominus in servos, ut diserte testatur *Halicarnass. antiq. Rom. lib. 2.* quod tamen tantum abest, ut in Respubl. Christianas cum *Bodin. 1. de Rep. c. 4.* reduci velimus, ut a paterna pietate, à jure naturæ, à rationibus denique politicis plane existimemus alienum. Cum enim eorum qui inter se differunt, imperia quoque debeant esse diversa, præter æquum foret, potestatem patriam adæque ut dominicam, more Persis usitato, esse tyrannicam, ut disputat *Arist. d. c. 10.* & longe æquius est, longe item Reip. utilius, si qua re filius offendit patrem, non ipsum patrem constituere in propria causa judicẽ, sed causam ad magistratum deferre, ad τῶν νομοφυλάκων, τοὺς πρεσβυτάτους, ut vult *Plato libr. 11. de legib. pag. 932. edition. Stephan.* Fac. *l. Divus 5. ff. ad legem Pomp. de parricid. l. 11. de lib. & posthum. l. 4. & l. fin. C. de pat. potest.* Vide sis hac de re plenius *Rittershus. Comm. in 12. tab. class. 3. part. 1. cap. 1. Revard. ad l. 12. tab. cap. 3. Clariss. Arnisa. lib. 1. de Republ. cap. 4. Petr. Ærodii librum singularem de patrio jure ad filium Pseudo-Jesuitam.*

cui competat. 6. Competit autem patria potestas soli patri & avo paterno,

no, non matri cæterisve per matrem ascendentibus §. *fin. h.t.* §. *10. inf. de adopt. l. 13. ff. de suis & legit. hered.* quod non solum jure civili, sed etiam naturali consentaneum esse putamus, cum & natura pater sit familiæ caput, Rex & Monarcha, *Arist. d.c. 10. lib. 8. Ethic. & lib. 1. polit. cap. ult.* quamvis reverentia etiam matri debeatur, *l. 4. C. de pat. potest. l. 4 ff. de curat. furios.*

7 Quandoquidem vero non omnes liberi sunt in potestate, proximum est, ut de causis patriæ potestatis agamus, quæ tres sunt, *Nuptiæ, Legitimatio & Adoptio,* quamvis & nuptias solam & totalem patriæ potestatis causam recte dixeris, *arg. princ. h. t.* easque vel esse veras, vel fictas, ut sunt legitimatio & Adoptatio.

8. Nuptias præcedunt & præparant *sponsalia,* quæ sunt *mentio & repromissio futurarum nuptiarum, l. 1. ff. de sponsal.* μνήμη καὶ ἐπαγγελία τῶν μελλόντων γάμων, *Matth. Monachus quæst. matr. lib. 8. juris Græco-Rom. pag. 510. Vid. Alber. Gent. lib. 2. de nupt. cap. 1. Gell. 4. noct. Attic. cap. 4.*

9. Omnia ergo sponsalia si proprie loqui velimus, sunt de futuro, nulla de præsenti, quamvis distinctio sponsaliorum in ea, quæ sunt de futuro, & quæ de præsenti, jure Canon. introducta *c. pen. extr. de sponsal.* tolerari possit, non ut generis in species, sed ut vocabuli æquivoci in sua æquivocata. Sponsalia n. quæ *de præsenti* vocant, sunt verum matrimonium, arg. *l. 30. de R. J.* (jure tamen Canonico requiritur etiam ἱερολογία seu benedictio sacra *c. aliter 30. quæst. 5. cap. 13. extr. de præsumpt.* ut & *Leonis Novell. 74. & Alexii Comneni d. lib. 8. juris Græci-Roman.*) & *improprie appellantur sponsalia respectu vinculi matrimonialis, sed possunt appellari sponsalia respectu executionis matrimonii, quia uterq; spondet in futurum respectu executionis, sed respectu vinculi promittit de præsenti,* ut recte ait *Panormit. in d. c. pen. n. 2.*

10. Unde apparet, sponsalia de præsenti jure Canonico dici respectu matrimonii, per copulam carnalem consummati, ut adeo eadem sit inter ista duo differentia, quæ inter emptionem & venditionem perfectam nudo consensu, citra traditionem, & eam, quæ consummata est rei venditæ traditione, & sponsalia de præsenti videantur differre à sponsalibus de futuro, quemadmodum venditio perfecta à pacto de vendendo in futurum.

11.

11. *Nuptiæ* sive matrimonium *est individua vitæ consuetudo consensu animorum à viro & uxore inita, liberos procreandi gratia;* Vid. *l. 1. ff. hoc t. §. 1. Supr. tit. 9.*

12. Atque hæc definitio continet ipsum conjugii formale, causam item efficientem & finalem. Conjugium enim efficit consensus, isque non nudæ cohabitationis, nec carnalis copulæ, sed conjugalis societatis. *Magist. sent. 4. dist. 28. vers. hic quaritur,* qui simul atque accessit, verum est & perfectum matrimonium, licet necdum accesserit copula carnalis *d. l. 30. de R. J. l. 32. §. 13. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 15. de cond. & demonst. cap. 1. & 2. 27. quæst. 2.*

13 Loquor autem de perfectione prima, quæ consistit in ipsa forma, ex qua res sortitur speciem; hæc enim in matrimonio est indivisibilis conjunctio animorũ. Perfectio vero secũda consistit in operatione rei, per quam res finem suum attingit, qui in matrimonio est, proles generãda per cõcubitũ conjugalem, & educanda per alia conjugum opera, *Thom. part. 3. quæst. 29. artic. ult.* & hanc perfectionem secundam, JCti vocant consummationem, quæ fit per carnalem copulam, unde & tabulæ nuptiales continebant verba hæc solennia *Liberorum procreandorum gratia uxorem duci,* de quo vid. *Brisson. de formul. lib. 6. pag. mihi 542. & seq.*

14. Dicitur porro in definitione *à viro & uxore,* non uxoribus ad excludendam polygamiam, quam juri divino & quodãmodo etiã naturali contrariam esse, sustinebimus, vid *Gen. 2. Mat. 19. Marc. 10. Magist. sent. 4. distinct. 33.* ibique *Scot. & Thom. in sum. supplem. tert. quæst. 65. art. 1. & 2. Covarruv. Epit. de matrim. part. 2. cap. 7. §. 3. Petr. Martyr. loc. comm. class. 2. cap. 10.*

15. *Individua vitæ consuetudo,* significat infinitudinem, quam vocant, perfectionis, secundum durationem, quia conjugale vinculum ex voto contrahentium est perpetuum, licet ex accidenti aliquando eveniat separatio.

16. Male autem à nonnullis ista verba referuntur ad communionem bonorum; neque enim jure civili, neq; Canonico ulla est bonorum societas inter virum & uxorem, *Covarruv. d. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 5. Chassan. ad consuetud. Burgund. Rub. 4. n. 4. & 16. Petr. Heck. de societat. Conjug. lib. 2. cap. 1.*

17. Et bona constante matrimonio acquisita, solius sunt mariti; quia & hæc, & ea, quæ uxor emit, seu acquisivit, vel vivo marito, vel statim post ejus mortem, de mariti bonis comparata censentur, ut evitetur turpis quæstus suspicio. *l. Quintus 51. ff. de donat. inter vir. & uxor. ubi Bartol. Salic. & Dd. comm. l. 6. C. eod. Alciat. regul. 3 præsumpt. 26. n. 1. Rodericus Suares de lucr. marit. & uxor. Titul. de las ganancias n. 29. Joann. Lopez de lucr. Const. matr. acq. cap. 4. n. 1. 21 & 15. Didacus à Segura d. tract. num. 243. Boer. decis. 81.*

18. Neque officit *l. 1. ff. rer. amotar. l. 4. C. de crim. expil. hæred. l. 1. b. 1.* quia uxor dicitur solum ratione connexitatis vitæ, ut loquitur *Capycius decis. 27. n. 32.* seu cohabitationis, *Covarruv. d. n. 5.* Item ratione participationis utriusque fortunæ *l. 22. §. 7 solut. matr.* maritalis dignitatis, fori & sacrorum domesticorum *Hotom. de vet. rit. nupt. cap. 20. & 21.*

19. Consvetudine tamen hodie receptum est, ut uxor ultra dotem, capiat medietatem omnium, ut vocant, acquestorum constante matrimonio. *Joan. Fab. ad § si cui; Inst. de legat. ad §. 1. in fin. de acq. per arrog. & ad Auth. in donatione C. de secund. nupt. Chassan. d. Rub. 4 §. 1 verb. femme, n. 4. & verb. participante n. 1. Boer decis. 22 n. 27. & seq. Peck. d. cap. 1. n. 1. Suarez Segura dict. loc. Lopez. d. tract. c. 5. & cap. 6. n. 1. & 21 Covarruv. d. part. 2. c. 7 §. 1. n. 6. & 7. & 3. var. resol. cap. 19. n. 1. Petr. Sanz. de divis. bon. lib. 2. cap. 11. n. 1.* & passim.

20. Et quamvis hæc consvetudo videatur duriuscula, voteturque exorbitans & irrationabilis à *Nicol. de Ubel. tract. de success. ab intest. 4 part. princ.* non tamen caret exemplo antiquitatis, cum & lege Romuli uxor fuerit particeps ἁπάντων χρημάτων τε καὶ ἱερῶν, *Halicarnass. lib. 2.* idque ad conciliandum & augendum amorem conjugalem mirificè facere, tradit *Plutarch. in præcept. conjugalib.*

21. Denique per individuam vitæ consvetudinem distinguitur matrimonium à concubinatu, qui est conjunctio maris cum fœmina libera, eaque unica, *l. unic. C. de concub. l. fin. C. com. de success. l. 121. §. 1. de V. O.* citra tamen affectionem seu dilectû (ita legendum apud *Paul. 2. sent. 20.*) maritalem *l. 4. de concubin. l. 41. §. 1. l. 3. §. 1. de donat. inter vir. & uxor. l. 31. princip. ff.* de

Defin. Concubinatus.

Concubinatus est permissus jure Civili & Canonico.

de donat. l. 49. §. de legat. 3. estque permissus jure civili t. t. ff. de concub. etiam novissimo. Novell. 18. cap. 5. Novell 74. imo & jure Canonico cap. 4. & 5. distinct. 34. vid. Rittershus. de differ. jur. civil. & Canon. lib. 2. cap. 19. Dn. Bachovium præceptorem & amicum meum not. ad Treutl. vol 2. disp. 16. th. 3. lit. a. Damnatus tamen à Leone Philos. Nov. 91. & Constantino Porphyrogeneta, Harmenop. l. b. 4. tit. 7. in fin.

22. Hæc de matrimonio in genere dicta sunto. Nunc de ejus requisitis distinctius acturis, in causas ob quas contrahere quis prohibetur, accuratius inquirendum, quas distinguo in absolutas & determinatas, seu, quod idem est, generales & speciales.

Regulæ de matrimonio contrahendo generales.

23. Absolutas & generales voco, quæ faciunt, ut ne cum ullo homine quis matrimonium possit contrahere, easque repeto ex causa matrimonii tum efficiente, tum finali.

24. Ab efficiente fluit hæc regula. Qui consentire nequeunt, nec matrimonium contrahere possunt, ut furiosus l. 8 de Sponsal. l. 16 h. t. c. dilectus 24. ext. de sponsal. nisi habeat dilucida intervalla arg. l. 14. de offic. præsid. item extreme ebrius ob defectum consequentem, in quo ligatur usus rationis, ut disputat Thomas 2da 2dæ quæst. 150. artic. ult. Quid de eo dicendum sit, qui vehementi aliquo affectu abreptus, promisit se aliquam ducturum, ex principiis Ethicis repetendum est, vid. Arist 3. Ethic. cap. 1. & Alberic. Gent. lib. 3. de nupt. cap. 8.

25. A causa finali desumitur regula, quod qui generare nequeunt, sive ob ætatem, sive ob aliud corporis vitium, nec matrimonium possint contrahere.

26. Ætatem matrimonio aptam, insuper habitis Philosophorum disputationibus. Plat. 5. de Republ. Arist. 7. polit. 16. Stobæ. Serm. 69. Romani judicarunt in masculis 14. in fæminis 12. annum completum pr. h. t. junct. pr. inf. quibus mod. tut. fin. l. 4. ff. h. t. l. 24. C. eod. cum quo convenit, quod dicitur Eclog. legum Leonis & Constantini tit. 12. tom. 2. Jur. Græco-Roman. viri ætatē esse aptam, ab anno quinto decimo, mulieris ab anno decimo tertio. Ejus autem inter mares & fœminas diversitatis rationē affert Macrob. 7. Saturn. 7. Jus Canon. non tam annorum numerum, quam corporis habitudinem respicit c. 3. ext. de spons. impub. itaque etiam malitia ætatem supplet, c. de illis & c. fin. ext. eod.

27.

27. *Ætas* nimis provecta olim etiam impediebat nuptias, ex lege Papia Poppæa, *Ulp. frag. tit. 6.* de qua late agit *Ant. Augustin. lib. de legib. Lipsius ad Tacit. 3. annal. Excurs. lit. c.* quod correctum *l. 27. C. h. t.* non quod magnopere probentur talia senum conjugia, sed quod tolerentur. Sane cum vero suo fine ea destituantur, in Rep. haud facile erunt permittenda.

28. Determinata seu specialis prohibitio mihi appellatur illa, quæ facit, ut persona per se ad matrimonium contrahendum habilis, cum hac vel illa persona contrahere non possit, cujus prohibitionis causam primam pono personarum inter se *necessitudinem* seu *propinquitatem*, quæ rursum in duo membra abit, *cognationem* & *affinitatem*.

29. *Cognatio* definitur *Azoni, summ. Inst. de grad. cogn. n. 4. Vinculum personarum, ab eodem stipite descendentium, carnali propagatione contractum.* Estque vel *naturalis*, vel *legalis*, quarum illa ex vera carnali propagatione; hæc ficta, nimirum adoptione, descendit. Quibus additur etiam cognatio *Spiritualis. Matthæus Monachus d. lib. 8. Jur. Græco-Rom. sub Titulo Divisio cognationis*, aliam cognationem ait esse φύσει, aliam θέσει, hanc dividit in affinitatem & adoptionem rursum fieri, vel per cooptationem in filium successionis causa, vel per susceptionem ex baptismate sacro, στηριγμοῦ καὶ διδασκαλίας, ἔτι δὲ καὶ μαρτυρίας ἕνεκα, confirmationis & doctrinæ atque etiam testimonii causa.

30. Ob cognationem spiritualem Justinianus, princeps adusque superstitionem religiosus prohibuit matrimonium inter susceptorem, & eam, quæ è sacro baptismate suscepta est, *l. si quis 26. C. h. t.* quam prohibitionem deinde Sacerdotes in Romana & Orientali Ecclesia, latius extenderunt, etiam usque ad septimum gradum, ut videre est, *d. lib. 8. Juris Græco-Roman. sub Titul. De susceptione ex sacro baptismate*, ubi affertur Canon. 53. Synodi sextæ Trullensis. μείζων ἐστὶν ἡ κατὰ πνεῦμα οἰκειότης τῆς τῶν σωμάτων συναφείας. *Spiritualis necessitudo, major est conjunctione corporum.* In Concilio autem Tridentino, cum varie de hac prohibitione esset disputatum, multis eam omnino tollendam existimantibus, eo quod hodie reverentiæ causa cesset, cum susceptor baptizatum vix unquam cernat, neque vel minima de-

ejus

ejus institutione cura tangatur, conclusum tandem est, impedimentum spiritualis cognationis, restringēdum ad eam, quæ est inter susceptores & baptizatum, hujusq; patrem & matrē. Vid. *hist. Concilii Trident.* admodum nuper editam sub nomine *Petri Suavis Polani lib. 8. pag 871. & 914.* Adde *Harmenop. lib. 4 tit. 6.* Responsum *Nicolai 1. ad Consulta Bulgarorum c. 2.* quod exstat *Concil. General. tom. 3. part. 1.* unde desumptum est, *c. ita 30 quæst. 3. c. 1. ext. de cognat. spirit.* ibiq; *Hostiens. & Cujac. Lombard. 4. Sentent. dist. 42. Th. supplem. 3. par. q. 56. Rittershus l. 1. diff. jur. civ. & Canon. cap. 15. & seqq.* Nostræ reformatæ Ecclesiæ prohibitionem hanc penitus submoverunt, ne quid sine causa conscientiæ illaqueentur, quam ideoque missam facio.

31. Ob cognationem sive naturalem sive legalem, matrimonium prohibetur non in infinitum, sed in certis tantum gradibus, quos ut rectè computare scias, lineæ cognatorum primū sunt distingvendæ. *Est autem linea, finitore Azone, series originis personarum, ab eodem stipite descendentium, posteriores ab anterioribus discernens.* Et vel *recta* est, vel *obliqua seu collateralis.* In linea recta sunt, quorum alter alterum genuit, unde & in ascēdentem & descendentem dividitur. In linea collaterali sunt, qui sibi à latere junguntur, seu quorum neuter neutrum genuit.

Computationis Regula 32. In linea recta computatio fit juxta hanc regulam. *Quot sunt generationes, tot sunt gradus*, Qua cum in effectu coincidit hæc. *Quot sunt personæ, demta una, tot sunt gradus.* In collaterali linea jus civile ab una persona, de cujus cognatione quæritur, ascendit ad stipitem, & ab eodē rursum descendit in latere opposito ad alteram personam, ut tot sint gradus, quot utrinque intermediæ generationes *l. 10. §. 9. de gradib.* vel, quod idem est, tot gradus, quot personæ, dempto stipite. Sed jus Canonicum distingvit inter lineam collateralem æqualem & inæqualem. In æquali hanc habet regulam. *Quot gradibus uterq; distat à stipite, tot etiam ab invicem distant:* In inæquali vero hanc: *Quot gradib.* jvris Canon. Regula *remotior distat à stipite, tot inter se distant c. 9. ext. de consangv.* In linea vero æquali sunt, quorum uterq; æque vicinus est stipiti. In linea autem inæquali sunt, quorum altero alter stipitem contingit propius, seu vicinior ei est.

33. In hac varietate computationis nos civilem Canonicæ lon-

longe præferendam dicimus, idq; si non aliis, quas collegerunt *Hotom. Beza Albert. Gentil.* & novissime *Rittershus. d. lib. 1. diff. cap. 5.* attamen his de causis, quod juxta Canonicam computationē possim ducere eam, quæ mihi filiæ loco est, ut fratris mei abneptē, quod juri divino & civili repugnat, & frustra est *Duarenus*, quando regulæ Canonicæ, qua, qui quinto gradu distant, conjungi possunt, affingit hanc limitationem, nisi iidem sint sibi parentum & liberorum loco; præterea & hoc omnium absurdissimorum est absurdissimum, quod in linea obliqua inæquali, qui e.g. sexto gradu à stipite distat, ab illis, qui in opposito latere, vel primo, vel tertio, vel quinto gradu, & sic inæqualiter à stipite remoti sunt, ipse tamē distat ab omnib. æqualiter.

34. His ita præmissis, videamus quibus in gradibus matrimonium sit inter cognatos prohibitum. Et in linea recta in infinitum se protendit prohibitio, idque omni jure, divino, civili & Canonico. Vid. *l. 14. princ. §. 1. 2. & 4 l. 53 55. h. t.*

35. In linea transversa æquali prohibetur matrimonium inter fratrem & sororem, quos etiam jure gentium incestum committere existimo *arg. l. 8. ff. h. t.* contra *Cujac. 16. obs. 37.*

36. Inter consobrinos matrimonium nec divinam (licet D. *Ambrosius* contra statuat *Epist. 66. ad paternum*) prohibuisse, nec ante sua tempora, humanam legem, ait *Augustin. lib. 15. de civit. Dei c. 16.* Sane ex Pauli, qui Alexandro Imp. fuit à consiliis, responso in *l. 3. ff. h. t.* patet, sub primis Impp. hujusmodi conjugia non fuisse prohibita. Theodosius Imp. ea vetuit, teste *Ambros. d. Epist. 66.* Arcadius & Honor, rursum permiserunt, *l. 19. C. h. t.* Post Justiniani tempora sub Impp. maxime Græcis illicita ea habita, & plane improbata; vide *Harmenop. lib. 4. tit. 6. Theoph. ad §. duorum 4. h. t.* ita ut nec consobrinorum filii potuerint jungi, *Synop. Attal. tit. 26. Eclog. Leon. & Constantini tit. 12. §. 2. Matth. Monachus lib. 8. Jur. Græco-Rom. Tit. de gradu septimo consanguinitatis.* Sane cum hæc consobrinorum conjunctio non reperiatur jure divino prohibita, magistratus politicus in sua quisque Republica, eam permittere, vel etiam inhibere potest, quamvis honestius prohibeatur, ob rationes allatas ab *August. d. c. 16.*

37. In linea collaterali inæquali jure civili (vid. tamen *Ulp.*



b tit.

tit. 5. ibique *Cujac. 13. Obs. 16.*) prohibetur matrimonium inter eos, qui sunt sibi parentum & liberorum loco, *§. 3. & 5. h. t. l. 17.* ubi *Dn. Gothofred. C. h. t.* inter quos nec concubinatus esse potest, *l. 56. ff. eod.* Non autem parentis loco est, quicunque propius contingit stipitem, quam alter, sed is demum, qui stipiti, à quo uterque communiter originem trahit, immediate subest.

38. Jure vero Canonico inter collaterales indistincte usque ad quartũ gradũ inclusive (facta supputatione secundũ idẽ jus Pontificium) matrimonium prohibetur, quo fit, ut qui non sunt sibi parentum loco, tamen interdum conjungi nequeant; & contra, qui habent istum ad invicem respectum, possint conjungi, quas ineptias procudisse, non sufficiebat Pontif. nisi & ineptissimam insuper rationem addidisset, cur quaternarius numerus conveniat prohibitioni matrimonii, quia quatuor sunt humores in corpore, qui constãt ex quatuor elementis, *c. non debet 8. ext. de consang.* Dignum mehercle patella operculũ.

39. In cognatione legali, seu civili, quæ per adoptionem contrahitur, eadem est & graduum computatio, & matrimonii prohibitio. In linea enim recta, inter liberos adoptatos, & parentes adoptivos in infinitum prohibetur matrimonium, etiam soluta adoptione, *§. 1. Inst. h. t.* In linea collaterali æquali inter fratrem tantum & sororem adoptivam prohibitæ sunt nuptiæ, idque durante solum adoptione, *§. 2. Inst. eod.* In linea inæquali inter eos, qui per adopt. sibi parentum & liberorum loco facti sunt *§. 5. Inst. eod.* Hic tamen notandum venit, inter illos tantum prohiberi matrimonium, qui sibi per adopt. sunt facti agnati, quia per adopt. non contrahitur cognatio in specie ita dicta, *l. 23. de adopt.* Unde etiam filiam sororis meæ adoptivæ vel sororem patris adoptivi ducere possum, *l. 12. §. ult. de ritu nupt.* & sic deinceps, nisi sit futura talis conjunctio, ex qua oriretur confusio nominum & contemptus reverentiæ, ut in *l. 55. §. 1. ff. eod.* de qua *Alber. Gent. 3. de nupt. cap. ult. Cont. 1. Sub c. lect. cap. 5.* contra *Cujac. 23. obs. 36. & Hotom. 1. amic. resp. 10.*

40. Et hactenus de cognatione. Affinitas ἀγχιστεία definitur *d. lib. 8. Jur. Græco Rom. Tit. divisio cognationis*, ἡ ἐξ ἐπιγαμβρείας συγγένεια *necessitudo ex matrimoniali copulatione proveniens*, seu est *diversarum cognationum per nuptias copulatio*, quando



do enim per nuptias ita quis extraneæ cognationi jungitur, ut ad fines ejus accedat, affinis est *l. 4 §. 3. de grad.* Ita omnes uxoris meæ cognati mihi sunt affines, non autem meis cognatis: & mei cognati sunt affines meæ uxoris, non autem ejus cognatis, quia affinitas ultra personas conjunctas non extenditur *Alberic. Gent. 5. de nupt. 12* contra *Duaren. de nupt. cap. 3.* Maritus quoque & uxor, inter se non sunt affines, sed principium affinitatis; sicut unitas non est numerus, sed principium numeri *Covarr. p. 2. cap. 6. § 7.*

41. Et quia conjugum cognati non sunt inter se affines, fit, ut duo fratres possint ducere duas sorores, imo pater & filius matrem & filiam. Eadem ratione etiam comprivigni inter se jungi possunt *§. 8. Inst. h. t. & l. 34. §. 2. ff. eod.* neq; id est contra jus divinum *Levit. 18. v. 11.* ut putat *Dn. Anton. Matth.* quia eo loci agitur de sorore non comprivigna, sed ex patre meo nata, quam sententiam ajunt esse Chaldæi paraphrastis, quæ etiam expressa est in vers. latina vulgari, & versione Genevensium gallica, Vid. *Limn. ad d. c. 18. Levit.* Græci tamen eo etiam devenerunt, ut nec duobus consobrinis permitterent ducere duas consobrinas, Vid. *Eustathii Comm. lib. 6. jur. Græco-Roman.* & alibi passim. *Harmenop. lib. 4. tit. 6.*

42. Porro omittendum hic non est, affinitatem aliam esse absolutam & plenam, aliam minus plenam & imperfectam. Plena & perfecta est, quæ nascitur ex concubitu conjugali, inter eas personas, quæ ipso tēpore unionis fuerunt marito, vel uxori conjunctæ. Imperfecta est, cui alterutrum ex his tribus deest.

43. Hinc licet per sponsalia non contrahatur proprie affinitas, publicæ tamen, ut loquūtur honestatis justitia inducitur, unde oritur nuptiarum impedimentum *§. 9. h. t. l. 12. §. 1. & 2. ff. eod. l. 13. §. 3. ad leg. Jul. de adult.* Coitus quoq; illicitus in quantum habet aliquid de carnali conjunctione, affinitatem causat quæ nuptias impediat, *arg. l. 54. h. t. l. 4. C. eod. Thom. Suppl. 3. quæst. 55. art. 3 Cov. ep. c. 6 § 7. n. 2. & 3. Rittersh. lib. 1 diff. 14.*

44. Qui autem vere sunt affines & in primo genere, (cæteri enim non prohibentur conjungi ratione affinitatis, sed nonnunquam ob reverentiam & publicam honestatem *l. 15. h. t.*) eodem modo prohibentur inter se contrahere, quo cognati, & in-

inter eosdem gradus, licet affinitatis nulli sint gradus *l. 4. §. 5. de grad.* per se scilicet, sed tantum mediante consangvinitate, ut ait *Thom. d quæst 55 art. 7.* Ergo qui inter affines sibi sunt parentum & liberorum vel fratrum & sororum loco, jungi nequeũt, *§. 6. & 7. d. t. l. 14. §. 4. eod. l. 5. l. pen. & ult. C. de incest. nupt.* Vid. tamen *d. lib. 8. Juris Græco Rom. tit. de affinitate. Harmenop. d. tit. 6. Rittersbus. d. lib. 1. different. cap 9. ad cap. 15.*

45. Et hæc de prima prohibitionis causa determinata, seu speciali, nempe necessitudine, dicta sufficiant. Aliæ præterea erant causæ speciales, ob quas matrimonium inter certas personas, vel certo loco, non admittebatur. Sic qui non erat civis Romanus, non habebat Romæ jus cõnubii *prin. h. t.* Vid. *Liv. lib. 38. c. 36. lib. 43. c. 3.* (quamvis matrimoniũ à cive contractum non solvatur à missa civitate, *Nov. 22. c. 13.* ubi *Cujac.*) extra Romam tamen jure gentium, aut jure alterius civitatis matrimonium contrahere poterat. In servo major videtur prohibitionis ratio, Vid. *Thom. d. suppell. quæst. 52. art. 1. Rittersbus. d lib. 1. diff. 19.*

46. Ita etiam senator, non poterat ducere libertinã, aliamve fœminam humilem *l. 23. 27. 44. 58 34. §. ult. 31. 42. § 1. 47. ff. h. t. l. pen. C. eod.* quæ tamen res turbas aliquando Romæ dedit, unde lex *Canuleia*, de qua *Liv. lib. 4.* Jure civili novissimo etiam maximis decorati dignitatibus, possunt ducere fœminas humiles, dummodo conficiant instrumenta dotalia. *Novell. 78. & 117. l. fin. C. h. t. Auth. sed novo jure C. de nat. lib.* Præterea nec præses poterat ducere provincialem *l. 38. 57. 63. & 65. h. t. t. C. si quac. præd. pot.* nec tutor, pupillam. *l. 36. 37. 59. 60. 62. 64. §. 1. 66. 67. h. t. t. C. de interd. matr. int. tut.* Sed jure Canonico ex his causis non impeditur matrimonium, Vid. *Rittersbus. d. lib. 1. diff. 20. & 22.*

47. Hactenus explicuimus, quinam matrimonium contrahere nequeant, quibus exceptis, reliqui omnes contrahere possunt, quam tamen potentiam ubi actuare volunt, necesse est, ut & actu consentiant. Consensus vero habet duo principia, *cognitionem & appetitum*; Bonum enim apprehensum, seu cognitum movet virtutem appetitivam. *Thom. ad 3. Eth 1.* Hinc patet duo esse, quæ matrimonialem consensum impediunt, *Errorem & violentiam.*

48. Neque tamen id de omni errore verum est, sunt enim quædam, quæ sicut adesse possunt, & abesse quoque à conjugio vel personis contrahentibus, salvo matrimonio, ita si circa ea errent contrahentes, non magis error circa ea nocebit matrimonio, atque eorum absentia, Ideoque errorem facio duplicē; alterum, qui est *circa matrimonii substantialia*; alterum qui circa *accidentalia*; nam quod *c. unic. 29 quæst. 1.* error dicitur quadruplex, personæ, conditionis, fortunæ & qualitatis, id minus recte sese habet. Erroris div.

49. Error circa substantialia matrimonii reddit matrimonium nullum, quia tollit consensum conjugalem *l. 15. de jurisd. Et recte Scotus in 4. sent. dist. 30. Error*, ait, *sive apprehensio erronea quantum ad omnem conditionem requisitam per se ad contractū, facit contractum nullum esse.* Ad substantiam autem matrimonii requiruntur personæ eæque certæ, & ad contrahendum habiles; tum natura, tum lege, quæ ex superioribus repeti possunt. quæ non requir. ad substantiam Matrimonii

50. Ergo (1) Error *in persona* vitiat matrimonium, ut; Si quis contrahat cum Titia, quam putat esse (non dico *vocari*, quia error in solo nomine per se non nocet) Pamphilam, arg. *l. 9. de contrah. empt. Lombard. 4. distinct. 30.* & ibi *Scot.* qui ad contraria exempla, *Gen. 27. & 20.* respondet. (2) Idem est, si erretur circa qualitatem essentialem ut potentiam generandi, item, statum, ut quia est servus, qui putabatur liber, deportatus qui credebatur civis, *d. quæst. 1.* vel si circa necessitudinem, ut quia ignorabas esse amitam, sororem, qua cum contraxisti.

51. Error *circa accidentalia*, quæ adesse possunt, vel abesse salva substantia matrimonii, (loquimur enim de accidente prædicabili non prædicamentali) matrimonium non vitiat, ut: si putetur dives, quæ pauperrima est; pulchra, quæ deformis; modesta & proba, quæ lasciva, & austera, *d. q. 1. in fin.* Idem est, si ducat quis plebejam quam putabat nobilem; quia nec nobilitas est de matrimonii substantia, nisi forte lege municipali cautum aut consvetudine loci receptum sit, ut non habeatur pro matrimonio, quod nobilis cum plebeja contraxit, potest enim majestas tale quid in sua Repub. constituere, quod subditos in foro civili obligat, etsi minus fuerit è republica.

52. Quod vero diximus, errorem circa accidentalia matrimo-

monii commissum non nocere, id alii limitant, ut non procedat, si dolus alterius dederit causam huic errori, ut: si virgo per mendacium & fraudem dicta sit large dotata, pulchra, nobilis, atque ita juvenis inductus ad contrahendum, qui alias eam nó duxisset, si scivisset, eam inopem, morbosam & deformem. Hoc enim casu putant matrimonium, cui dolus dederit causam, perinde ut reliquos bonæ fidei contractus, esse ab initio nullum. Verum hi ex alieno principio quod & domi suæ controversum est, *Bart. l. 7. de dol. mal.* minus recte hic in materia diversissima disputant, cum longe alia sit ratio matrimonii, atq; aliorum contractuum: ideoque statuo cum *Panorm. in c. cum dilect. ext. de his quæ vi met. n. 13* & *Covarr. p. 2. c. 3. § 7. n. 4.* dolum contingentem circa accidentalia matrimonii non vitiare contractum, quamvis ei causam dederit.

53. De errore circa virginitatem elegans disquisitio est, an is matrimonium vitiet, si quis duxerit vitiatam, quam putabat virginem. Ego in hac difficilima controversia, missis illis, quæ Dd. pro utraque parte acervatim hic cumulant, breviter distinguo duos casus. Aut quæstio est, an tale matrimonium ab initio sit nullum, aut an consistat quidem matrimonium, ex post facto vero rescindi, ideoque inventa vitiata, tum repudiari possit? Prius nego, quia virginitas non videtur qualitas matrimonii essentialis, cum etiam cum corrupta matrimonium cótrahi possit, quin imo si ob hunc errorem matrimonium esset ipso jure nullum, tunc etiamsi maritus re cognita mussitaret hanc injuriam, tamen re quandocunque palam facta, matrimonium declaretur retro nullum, & liberi illegitimi. Dico itaque, ab initio matrimonium consistere, ita tamen, ut maritus possit petere ex hac causa istud rescindi, officio magistratus, adeoque ad retinendam vitiatam non cogatur. Vid. *Nov. Leon. 93.* modo eam vitiatam legitime probet: quomodo autem devirginatio probari possit, Vid. *Arnisæ. de jur. connub. cap. 2. sect. 3. n. 16. & seqq. Alber. Gent. 7. de nupt. cap. 9.*

54. Hæc de errore, Alterum quod impedit consensum, est vis & coactio, quia voluntarium non est, quod habet principium extra se *Arist. 3. Ethic. c. 1.* Ideoque coactum matrimonium nullum est, quia consensu destituitur *l. 14. C. de nupt. l. 134. de*

V

V. O. Quod in pura coactione nullum habet dubium. Quod si vero quis metu majoris mali ducat eam, quam alias non fuisset ducturus, major est dubitatio, an matrimonium subsistat: quia tales actiones mixtæ voluntariæ potius, quam involuntariæ sunt. *Arist. d. c. 1.* Nostri recte distingvunt inter metum reverentialem & justum. Reverentialis obsequium reverentiæ paternæ debitum, à quo absint verbera, vincula & minæ, atque hic matrimonio nihil quicquam nocet, *gloss. in cap. præsens 20. quæst. 3.* quod hodie obtinere existimo contra *Vasq. 1. Controv. cap. 35. n. 19.* Vid. *Covarr. part. 2. cap. 2. §. 6. n. 3. Alb. Gent. 3. de nupt. cap. 11.* Justus metus est, qui cadit in constantem virum, cujus rei determinatio, arbitrio judicis relinquenda, qui aliter eum æstimabit in fœmina, aliter in viro, qua de re erudite *Covarr. d. cap. 3. §. 4. per tot.*

55. Justus ergo metus matrimonio officit, idque non ita, ut matrimonium metu contractum, ex æquitate rescindatur, sicut fit in aliis contractibus *c. 1. quod met. caus.* sed ut sit ipso jure nullum *c. significavit ext. de eo, qui dux. in matr. cap. 14. & 15. de sponsalib. Panormit. in d. c. 14. n. 2. Vid. Covarr. d. c. 3. §. 5. Alberic. Gent. 3. de nupt. c. 9. Thom. d. Suppl quæst. 47. art. 3.* Si tamen is, qui contraxit, deinde ultro cohabitet ei, quo cum copulatus est, tum metus purgatur per spontaneam illam cohabitationem, quasi novo accedente consensu *c. ad id 21. ubi Panorm. ext. de sponsal. Covarr. d. c. 3. § 6.*

56. Porro ne libertas illa conjugii, in effrenem abeat licentiam, ita ea temperata esse debet, ut una adhibeatur consensus parentũ. Hunc enim honorem exhibere filios parentib. suis, & Deus & sua cuique ingenita natura jubet, adeoque & divino & naturali jure dicimus adhibẽdum in contrahẽdo matrimonio parentum consensum, non tamen, ut loquuntur, de necessitate, sed honestate, quia si omittatur, licet peccetur in Deum & honestatem, non tamen protinus ipso jure nullum matrimonium, ut liberi inde nati, illegitimi sint & spurii. Vid. *Contium in subces. lect. cap. 4.*

57. Sic etiam jure Canonico consensum parentis non de necessitate sed de honestate solum requiri existimo, licet non diffitear, ex *c. sufficiat. 27. quæst. 2.* hanc sententiam satis nõ pro-
bari

consensum in matrimonio requi parentis ... [illegible]

bari, quia ibi excludere solum voluit Pontifex ornamenta & solennia nuptiarum, uti patet ex *Concil. Gen. tom. 3. part. 1.* Epistola Evaristi, unde desumptum est *c. aliter 30. quæst. 5. extat Concil. gen. tom. 1. part. 1.* ex qua erui debet sententia *d. c. aliter.*

58. Jure civili autem consensus parentum, in quorum potestate liberi sunt (non ergo matris, vid. *Liv. lib. 38. c. 57.* multo minus Curatorum *l. 20. h. t. l. 1. & l. 8. C. eod.* nec ad matrimonia liberorum emancipatorum *l. 25. ff. h. t.*) est de essentia matrimonii, ita ut eo neglecto matrimonium sit nullum, & liberi spurii *l. Paulus 11. ff. de stat. hom.* cui consequens est, carnalem copulam secutam, vitium illud non purgare, quamvis non negem, posse tale matrimonium ex causa confirmari, *arg. l. 57. §. 1. h. t.* Obstat. *Paul. 2, sentent. 19.*

59. Præcedere quoque debet jure civili parentum consensus *pr. h. t.* saltem tacite *l. 5. C. eod.* Ratihabitioni autem hic nō est locus, quod mutatum videtur à Basilio magno *Canon. 38.* ut videre est *l. 8. Juris Græco Roman. Tit. de virginibus præter parentum suorum voluntatem nubentibus.*

60. Quod si sine parentis consensu uxorem ducat filiusfamilias (emancipatus enim facilius ex hac causa poterat exheredari, quia revera contrahit matrimonium etiam ducendo indignam, adeoque magis lædit patrem, quo refero *l. 3. §. 5. de bon. poss.* sed filiusfamilias stuprum committit, adeoque minus patrem lædit, nisi forte tam inhonesta sit fœmina, ut eam vel stuprasse cedat in familiæ dedecus) non contrahit matrimonium, sed potius committit stuprum, unde tamen patri justa exheredandi causa non nascitur. *Nov. 115. cap. 3.* Quod in filia secus est, quæ si luxuriosam vitam degere maluerit, quam patri maritum cum dote dare volenti, obsequi, exheredari potest, *d. c. 3. § 11.* sin pater filiā 25. annis majorē marito copulare differat, potest ea, cui velit, nubere *d. § 11.* quod hactenus correctum, *Novell. Basilii. Macedon.* quæ extat *tom. 2 jur. Græco Roman. pag. 134.* & apud *Harmenop. 4. tit. 4.* ut filia eo casu non possit impune in quemcunque alium se conjicere, sed ad magistratum causam deferre necesse habeat.

Q. An filiusf. contrahere ... patris ... possit & exhered. ... in filia.

Q.

61. An autem filia nubens sine consensu patris dotari debeat, jure sane civili otiosa quæstio est; quia enim nullum hic matri-

trimonium, nulla quoque dos esse potest, adeoque nec exactio dotis. Plane jure Canonico quia nuptiæ sine consensu patris contractæ subsistunt, etiam ad dotandum videtur pater teneri, quod tamen volunt non procedere, quando filia sine promissione dotis sibi invenit maritum, quia tunc cesset causa compulsionis legalis, atque ita se in quæstione facti consuluisse, ait *Panormit. in c. 1. n. 6. de despons. impuber.*

62. *(Ad §. ult. Tit. 10.)* Hactenus de prima patriæ potestatis causa nempe nuptiis: secunda causa est *legitimatio*, *quæ est actus, per quem liberi naturales* (id est, ex concubina nati: hodie etiam spurii) *fiunt legitimi seu justi liberi.*

63. Dicuntur autem fieri legitimi, quoad effectum & fictione juris, in quantum damna, quæ filius illegitimus incurrit, subtrahuntur per legis auctoritatem, ut loquitur *Thom. d. suppl. qu. 68. art. 3.*

64. Modi legitimandi sunt tres *Nov. 89.* Primus à Theodosio inventus, nunc vero exoletus, est *oblatio curiæ*, si pater filium naturalem offerat curiæ (id est, ordini decurionum in municipiis, non aulæ, ut male putat Accurs.) aut filiam alicui Curialiũ in matrimonium collocet. Vid. *d. Nov. 89. ca. 2. & seqq.* Multa enim erant Curialium onera, de quibus *Sigon. lib. 2. de antiq. Jur. Ital. cap. 8. Lazius de Rep. Rom. lib. 3.* ad quæ sustinenda, tali præmio quidam erant invitandi.

65. Secundus à Constantino M. inventus, est *matrimonium subsequens*, ex quo tamen non aliter sequitur legitimatio, quam si accesserint instrumenta dotalia, quæ *matrimoniales tabulæ* vocantur *Augustino 14. de civ. Dei c. 18. nuptiales tabulæ l. 9. C. h. t.* συμβόλαια γαμικὰ vel *προικῶα, Synop. Attal. tit. 25. Eclog. Leon. & Constant. tit. 12. §. 3.* Quamvis enim tabulæ non faciant matrimonium *l. 31. princip. ff. de donat. d. tit. 12. §. 13.* sunt tamen quidam speciales casus, quibus necessario debent quoque intervenire instrumenta, non quasi de essentia matrimonii sint, sed quia istis casibus non aliter potest matrimonium probari, quam per instrumenta, *arg. l. 23. §. 1. in fin. C. de nupt.* Vid. *d. Nov. 89. c. 8. Nov. 12. c. 4. Nov. 117. c. 4. Nov. 74. c. 4. Nov. 18. c. ult. Nov. 78. cap. 8. Auth. sed novo jure & Auth. maximis decorati C. de nupt. Rittershus. ad Novell. part. 4. cap. 1. n. 13. & seqq. Fr. Vasq. lib. 5. illust. controv. c. 41. n. 3.*

C 66.

66. Tertius modus à Justiniano in subsidium introductus, si concubina in uxorem duci nequeat, neque extent liberi legitimi est per rescriptum Principis *d. Nov. 89. c. 9. Nov. 74. c. 2.* quo summa majestas tribuit jus legitimorum filiorum, vel immediate & per se, vel mediate per eos, qui *Comites Palatini* vocantur, quibus à summa majestate data est potestas notarios creandi & lauru poetica donandi. Vid. *Rittersh. d. part. 4. c. 12.*

67. Legitimatio per testamentum, de qua *d. Nov. 74. c. 2. & d. Nov 89. cap. 10.* non inducit modum à superiori diversum. Nominatio quoque patris, de qua *Nov. 117. cap. 2. Synop. Attal. tit. 25.* non est per se legitimatio, sed facit præsumptionem pro matrimonio. Adoptio olim quoque erat legitimandi modus *l. 6. C. de nat. lib.* qui effectus ei à Justin. est ademptus *l. 7. C. eod. Nov. 74. cap. 3.*

68. Ultima patriæ potestatis causa est *Adoptio* quæ definitur ἡ χωρὶς σαρκικῆς συναφείας υἱοθεσία, *alicujus in filium cooptatio citra conjunctionem carnalem lib. 8. jur. Græco-Rom. Tit. Divisio cognationis.* Fiebat vel per Prætorē, vel per populum *Gell. 5. noct. 19. & Ulp. tit. 8.* seu imperio magistratus, vel rescripto Principis: illa dicitur *adoptio* in specie, hæc *arrogatio.*

69. Arrogatio tribuit jus familiæ *l. 32. ff. de rit. nup.* adeoque plebejus à nobili arrogatus, efficitur nobilis. Præterea arrogatus ex Const. D. Pii habet quartam bonorum (omnium, ut puto, non solum quartam quartæ *l. ult. ff. si quid in fraud. patro.* Vid. *Cyn. in l. si arrogator 22. ff. de adopt. n. 13. & 14.*) patris arrogantis, si ab eo exheredetur vel sine justa causa emancipetur.

70. Adoptio in specie, si ab extraneo fiat, non tribuit jus familiæ, adeoque adoptatus manet in potestate patris naturalis, neque adoptivus pater eum testamento aut instituere cogitur, aut exheredare *l. pen. §. 1. Cod. de adopt.*

71. (*Ad Tit. 12.*) Solvitur patria potestas morte alterutrius sive naturali, sive civili. Quod si pater sit ab hostibus captus, interim filii revera sunt sui juris, in reversi tamen patris potestatem recasuri.

72. Patriciatus præterea etiam ante Justinianum, patriæ potestatis nexibus filium eximebat, *ut qui amplissimum genium preciosæ libertatis acceperat, vilissimam conditionem cum subditis non*

ha-

haberet, ait *Cassiod. lib. 6. Variar. 2.* Hodie etiam aliæ dignitates *Nov. 81.* junct. *l. fin. C. de decurion.* Item, ut videtur, Monachismus, non vero Doctoratus.

73. Matrimonium etiam jure civili non solvit patriam potestatem. Secus tamen hodie est, quia si pater permittat filiofamilias ducere uxorem, vel seorsim habitare, sive proprios lares, & proprium focum habere, tacite eum emancipat, *Vid. l. 1. C. de pat. pot. Greg. Tholoss. Syntag. jur. lib. 11. cap. 10. Arnisa. lib. 1. de Rep. cap. 4. Sect. ult.*

COROLLARIA.

I.

ANno Christi 1556. Paulus IV. Pontifex Romanus Joannæ Arragoniæ uxori Ascanii Columnæ, denuntiavit, ne quam è filiabus sine licentia sua nuptum daret; cæteroquin matrimonium fore nullũ. Quæsitum inde, an temporales Domini seu magistratus politici, subditos suos cogere possint; quo minus libere contrahant matrimonium? Neg. Concil. Trident. decret. de refor. matrim. c. 9. *Nos affirmamus, si publica utilitas ita exposcat.*

II. *In Regno Poloniæ Rex absq; consensu senatus uxorem ducere nequit*, Cromer. lib. 18. *Quæritur an & in alia regna id introduci possit aut debeat, ne Rex aut ipse matrimonium contrahat, aut filium filiamve elocet aliter, quàm de consilio Procerum regni? Resp. in regnis κατὰ νόμον arbitrio senatus, etiam invito Rege, tale quid constitui potest: in παμβασιλείᾳ vero non nisi de voluntate Regis per leges, quas vocant, pactionatas, ad quas servandas Princeps utut absolutus, obligatur æquè ac privatus.*

III. *Utrum matrimonium propter adulterium solvatur solum quoad thorum & mensam, ut statuit Ecclesia Romana, an vero etiã quoad vinculum, ut D. Ambrosius & cum eo patres Græci? Posterius affirmo, adeoq; parti innocẽti rursum nubenti potestatem facio.*

IV. *An liberis incestuosis debeantur alimenta? Jus civile negat*, Auth. ex complexu C. de incest. nupt. *desumpta ex* Nov. 89. c. 15. *Aff. jus Pontificium* cap. cum haberet, ext. de eo qui dux. in uxor. quam poll. per adult. *Utrum rectius? Resp. Pontificium.*

V. *An jure etiam naturali sit differentia inter filios spurios & legitimos?* Affi

VI.

66. Tertius modus à Justiniano in subsidium introductus, si concubina in uxorem duci nequeat, neque extent liberi legitimi est per rescriptum Principis *d. Nov. 89. c. 9. Nov. 74. c. 2.* quo summa majestas tribuit jus legitimorum filiorum, vel immediate & per se, vel mediate per eos, qui *Comites Palatini* vocantur, quibus à summa majestate data est potestas notarios creandi & lauru poetica donandi. Vid. *Rittersh. d. part. 4. c. 12.*

67. Legitimatio per testamentum, de qua *d. Nov. 74. c. 2. & d. Nov 89. cap. 10.* non inducit modum à superiori diversum. Nominatio quoque patris, de qua *Nov. 117. cap. 2. Synop. Attale tit. 25.* non est per se legitimatio, sed facit præsumptionem pro matrimonio. Adoptio olim quoque erat legitimandi modus *l. 6. C. de nat. lib.* qui effectus ei à Justin. est ademptus *l. 7. C. eod. Nov. 74. cap. 3.*

68. Ultima patriæ potestatis causa est *Adoptio* quæ definitur *ἡ χωρὶς σαρκικῆς συναφείας υἱοθεσία, alicujus in filium cooptatio citra conjunctionem carnalem lib. 8. jur. Græco Rom. Tit. Divisio cognationis.* Fiebat vel per Prætorê, vel per populum *Gell. 5. noct. 19. & Ulp. tit. 8.* seu imperio magistratus, vel rescripto Principis: illa dicitur *adoptio* in specie, hæc *arrogatio.*

69. Arrogatio tribuit jus familiæ *l. 32. ff. de rit. nup.* adeoque plebejus à nobili arrogatus, efficitur nobilis. Præterea arrogatus ex Const. D. Pii habet quartam bonorum (omnium, ut puto, non solum quartam quartæ *l. ult. ff. si quid in fraud. patro.* Vid. *Cyn. in l. si arrogator 22. ff. de adopt. n. 13. & 14.*) patris arrogantis, si ab eo exheredetur vel sine justa causa emancipetur.

70. Adoptio in specie, si ab extraneo fiat, non tribuit jus familiæ, adeoque adoptatus manet in potestate patris naturalis, neque adoptivus pater eum testamento aut instituere cogitur, aut exheredare *l. pen. §. 1. Cod. de adopt.*

71. (*Ad Tit. 12.*) Solvitur patria potestas morte alterutrius sive naturali, sive civili. Quod si pater sit ab hostibus captus, interim filii revera sunt sui juris, in reversi tamen patris potestatem recasuri. [illegible] fictione juris post liminii. Et non reversi [illegible]

72. Patriciatus præterea etiam ante Justinianum, patriæ potestatis nexibus filium eximebat, *ut qui amplissimum genium pretiosæ libertatis acciperent, vilissimam conditionem cum subditis non ha-*

haberet, ait *Cassiod. lib. 6, Variar. 2.* Hodie etiam aliæ dignitates *Nov. 81.* junct. *l. fin. C. de decurion.* Item, ut videtur, Monachismus, non vero Doctoratus.

73. Matrimonium etiam jure civili non solvit patriam potestatem. Secus tamen hodie est, quia si pater permittat filiofamilias ducere uxorem, vel seorsim habitare, sive proprios lares, & proprium focum habere, tacite eum emancipat, *Vid. l. 1. C. de pat. pot. Greg. Tholoss. Syntag. jur. lib. 11. cap. 10. Arnisa. lib. 1. de Rep. cap. 4. Sect. ult.*

COROLLARIA.

I.

ANno Christi 1558. Paulus IV. Pontifex Romanus Joanna Arragonia uxori Ascanii Columna, denuntiavit, ne quam è filiabus sine licentia sua nuptum daret; cæteroquin matrimonium fore nullū. Quæsitum inde, an temporales Domini seu magistratus politici, subditos suos cogere possint; quo minus libere contrahant matrimonium? Neg. Concil. Trident. decret. de refor. matrim. c. 9. *Nos affirmamus, si publica utilitas ita exposcat.*

II. *In Regno Poloniæ Rex absq; consensu senatus uxorem ducere nequit,* Cromer. lib. 18. *Quæritur an & in alia regna id introduci possit aut debeat, ne Rex aut ipse matrimonium contrahat, aut filium filiamve elocet aliter, quàm de consilio Procerum regni? Resp. in regnis κατ' νόμον arbitrio senatus, etiam invito Rege, tale quid constitui potest: in παμβασιλείᾳ vero non nisi de voluntate Regis per leges, quas vocant, pactionatas, ad quas servandas Princeps utut absolutus, obligatur æque ac privatus.*

III. *Utrum matrimonium propter adulterium solvatur solum quoad thorum & mensam, ut statuit Ecclesia Romana, an vero etiā quoad vinculum, ut D. Ambrosius & cum eo patres Græci? Posterius affirmo, adeoq; parti innocēti rursum nubenti potestatem facio.*

IV. *An liberis incestuosis debeantur alimenta? Jus civile negat,* Auth. ex complexu C. de incest. nupt. *desumpta ex* Nov. 89. c. 15. *Aff. jus Pontificium* cap. cum haberet, ext. de eo qui dux. in uxor. quam poll. per adult. *Utrum rectius? Resp. Pontificium.*

V. *An jure etiam naturali sit differentia inter filios spurios & legitimos?* Affi

VI.

VI. *Utrum cælibatus sit dignior matrimonio?* Affir.

VII. *Quod in Conc. Tridentin. statutum, ut sine Sacerdotis præsentia contractum matrimonium, sit nullum, utrum ratione nitatur, aut in Rebusp. Christianis sit recipiendum?* Neg.

IIX. *Utrum de causis matrimonialibus possit & debeat judicare magistratus politicus sive secularis?* Affir.

IX. *An homini reformatæ religionis liceat ducere uxorem Pontificiam?* Resp. *Licet, sed non expedit.*

X. *An statutum, quo maritus dotem vel ejus partem lucratur, uxore sine liberis decedente, habeat locum in sponsa de præsenti?* Affir.

XI. *An in sponsam de futuro committatur adulterium? Pro negativa acriter pugnat* Covarruv. de sponsal. cap. 1. n. 9. & seqq. *Affirmant frequentius alii per* lib. 13. §. ad leg. Jul. de adulter. *Nos mediam sententiam sequimur, in quam inclinare videtur* Panorm. in cap. discretionem, ext. de eo qui cogn. consang. uxor. n. 4. *nimirum quod proprie quidem talis sponsa verum adulterium non committat, habeatur tamen pro adultera, isto fini, ut possit eam sponsus super adulterio accusare jure mariti, juxta* l. quamvis 30. C. de adult. gloss. in l. 14. in fin. ff. eod.

XII. *Deductio in domum mariti nunquam fuit proprie de substantia matrimonii.*

XIII. *An dispositio juris civilis, qua mulieri intra annum luctus nubenti, irrogatur infamia, sit contraria dicto Apostoli,* Rom. c. 7. v. 2. ad Cor. c. 7. v. penult. *Affirmant Pontifices in* cap. penult. & ult. ext. de secund. nupt. *Nos negamus.*

XIV. *Legitimatio an sit actus voluntariæ jurisdictionis seu legis actio?* Negat.

XV. *An legitimentur filii per matrimonium in articulo mortis contractum?* Negat.

XVI. *Magistratus confirmans adoptionem, utrum jurisdictionem, an vero mixtum imperium exerceat?* Prius Affir.

XVII. *Ex causa publicæ utilitatis potest quis à Principe cogi res suas vendere.*

XIIX. *Imo etiam privari rei suæ dominio citra pretii restitutionem.*

VINDICIÆ ILLUSTRES
DISSERTATIONIS II.
Resp. SEVERINO Weiß/ Cizensi.

aph. 1. 2. & 3.

CErtè si ad ἀκριβείας Logicorum hanc divisionem, junctâ eâ quæ *in pr. J. de his qui sui vel al. jur. sunt.* subjicitur, examinaverimꝰ, patescit, illam à Triboniano paulò inconvenientiùs summam vocari. Summa namque divisio ea dicitur, quæ æquè generalem juxta se non habet, sed cui reliquæ omnes substerni, & quidem alterutri tantùm distributionis membro adaptari possunt: sic *v.g.* quando animal dividitur in rationale & irrationale, ejusdem subdivisio alteri duntaxat membro accommodata, neque ita latè patens ut prior divisio esse debet, prout rectè animal irrationale dispescitur in aquatile, terrestre & volatile: quippe quæ subdivisio cum altero divisionis membro, videlicet rationalium, nihil habet commune. At verò ista divisio, quâ quædam personæ sunt sui juris, quædam alterius potestati suppositæ, quæ respectu istius summæ, esse deberet subdivisio, non alicujus tantùm partis, vel servorum, vel liberorum est propria, sed æquè generalis, ac illa ipsa, quæ summa dicitur, dum identidem & servos qui potestati subjacēt, ac liberos, qui sui juris sunt, ambitu suo complectitur; cùm tamen hac posteriore ceu subdivisione vel servi, vel liberi seorsim dividendi fuissent. Ea propter cum tria illa, quæ statum hominum concernunt, puta, libertas, civitas, & familia, sint planè diversa, & talia, quæ sibi invicem non subjiciuntur, licèt unum altero sit latius, nulla propriè summa, sed tres tamen cōstitui debent personarum divisiones: ratione libertatis, quod vel sint sui juris vel alieno juri subjectæ: juxta civitatem, vel sint Cives Romani vel peregrini: quoad familiā vel sint patresfam. vel filiifam. *Bachov. ad pr. I. de his qui sunt sui vel al. jur. & part. 1. ff. tit. 6. ad l. 26.*

aph. 4. Probè ac prorsus ex mente Justiniani circa hanc quæstionē sic distingvit Autor, ut potestas patria absolutè considerata, & ratione suæ formæ essentialis, descēdat ex Jure Gent. re-

H spe-

spectivè verò & ratione accidentalis, quatenus insuper novis quibusdam qualitatibus informata est, rectè etiam Juris Civ. lis dicatur. Etenim quod omnibus gentibus patria potestas sit cō-munis, demonstro 1. ex eo, quia matrimonialis societas, quæ causa est hujus potestatis potissima, communis est omnib. gentibus *pr. J. de J. N. G. & C.* Ergò etiam ejusdem effectus. 2. negari non potest, ex eodem Jure fluxisse; ut domesticæ societatis sive familiæ aliquod caput, & quidem pater (quippe qui non-modò principium generationis dicitur, verùm etiam sexûs & animi virtutibus, prudentiâ consiliique copiâ fœminam longè superat,) constitueretur, qui personis in familia existentibus imperaret, uxori quidem ut maritus, famulis ut dominus, liberis verò ut pater. *Quemadmodum enim magistratus propriè ita dictus potestatem exercet in suos cives, sic per quandam similitudinē parentes in liberos, ait Senec. lib 3 de benef. c. 11.* Si igitur imperiū in liberos est ex Jure Gent. utique etiam patria potestas, ejusdē juris censeri debet: veluti rectè colligitur: secundùm Jus Gent. est, ut quis ex contractu obligetur. E. obligationes sunt Juris Gent. Et quis 3. negabit jus illud, quô pater filium immorigerū contestatione coram magistratu factâ, lapidibus obrui curabat *Deut. 21. vers. 19.* proficisci ex potestate patria, quæ scil. debitam à filio obedientiam exigebat. Verùm id ipsum multis seculis ante Jus nostrum Civ jam erat licitum. 4 Idem quoque haut obscurè voluit indicare *Justin. in §. 2. J. h. t.* dum non ipsam potestatem patriam aliis gentibus denegat, sed talem, (quæ vox qualitatis non essentiæ nota est,) qualem Romani in suos liberos habent *Rittershus. in Dodecadelt. Class. 3. part. 1. c. 1. n. 2.* cui non abest, quod *Bodin. lib 1. de Republ. c. 4* de Gallis adfert ex *Cæsar. lib. 7. de bell Gallic* eos scil. æquè ac Romanos in liberos jus vitæ necisque habuisse: nec etiam quod de Persis testatur *Arist. 8. Ethic. 12.* nimirum apud eos potestatem in liberos, similiter ut in servos esse tyrannicam: quasi propterea Justinianus non à qualitate & accidente, sed causa efficiente patriam potestatem Romanis propriam fecerit Resp. *n.* 1. hæc duo exempla loqui duntaxat de quantitate & atrocitate potestatis: non verò de qualitate, quæ non tantùm in nuda coercitione posita est, sed aliis insuper à Jure Civili effectibus, cujusmodi

sunt

ſunt acquiſitio per liberos, eorundem extremæ neceſſitatis caſu licita diſtractio, & ſimilibus dotata eſt. 2. non reſpicere Juſtinianum, nec etiam opus habere, ut reſpiciat inſtituta hujus vel illius populi, à quo Romani jus ſuum mutuati non ſunt: ſed conferre duntaxat poteſtatem Romanorum, cum ea, quæ ex Jure Gentium parenti competit. *Bachov. part. 1. ff. de ſtat. hom. c. de patr poteſt.* 5. Præterea ſi ex lege demum Romuli omnem eſſentiam ſuam poteſtas patria eſſet conſecuta, dicendum foret, eam hodiè patrem in liberos nullam habere, cùm effectus iſtius legis, ætas ſequens aut improbârit *l. 11. ff. de lib. & poſth.* aut in effectus imaginarios converterit *§. 6. J. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* 6. Denique quod poteſtatem in liberos omnium Gentium voto & uſu pater obtinuerit, plurimorum Autorum Claſſicorum teſtimoniis & ſuffragiis confirmat & probat *Rittershuſ. de Claſſ. 3. part. 1. c. 1. n. 2.* Antequam verò ad contraria reſpondeam, duo neceſſariò monenda ſunt. 1. perperam à quibusdam pro hac noſtra ſententia confirmanda adferri *l. 2. ff. de J. & J* cùm ea potiùs de pietate, & reverentia accipienda ſit, quam æqualiter & matri & patri deberi conſtat *ex l. 4. ff. de Curat. furioſ. l. 6. ff de in jus voc. l. fin. C. qui & adver. quos reſt. l. 1. ff. de obſeq. par. & patron.* nos autem hoc loco diſceptemus de poteſtate, præeminentia, & imperio, quod ſoli patri ob ſexus & judicii dignitatem competere jam obtinuit. Hinc corruit diſtinctio *Theodori Marcilii, qui tr. ad L. 12. tabb.* & *Olemanni qui Diſp. Giph. an. ad Inſt. 3. tb. 1.* aliam poteſtatem in liberos *naturalem*, utrique parenti communem: aliam *civilem* patri duntaxat propriam conſtituunt. 2. Malè quoque adduci *l. 8. ff. de his qui ſui vel al. ſunt.* ubi moribus patria poteſtas recepta legitur, quaſi propterea Juri Gent accepta ſit ferenda *arg. pr. J. de acquiſ. per arrog.* ſiquidem conſtat, ibid. Jctum loqui de qualificata poteſtate patria, dum furioſo quoque patri ead. tribuitur, quam lege Romuli introductam, & poſtmodùm à Decemviris *in ll. 12. tabb.* relatam eſſe nemo ambigit. Iſta autem moribus recepta multis modis dici poteſt, *vel* reſpectu quorundam effectuum v. g. ſubſtitutionis quæ moribus dicitur introducta. *l. 2. ff. de vulg. & pup. ſubſt. vel* juxta *Bach. d. tit. de ſtat. hom. c. de patr. poteſt. n. 6.* quòd exacti reges digni non fuerint habiti,

ut illis quid acceptum referretur: *vel* denique, quòd continuò usu & moribus, eadem à populo Romano usurpata fuerit: legibus enim sancita nisi etiam usu comprobentur & observentur, tacito quasi consensu abrogata censentur *l. 32. ff. de ll.* Nunc ad contraria brevissimis. Non igitur *movet 1.* quod patria potestas tollatur modis civilibus *infr. aph. 72.* Ergò eodem quoque Jure constituta censetur *l. 35. ff. de R. J.* Resp. enim *in d. l.* quidem perhiberi, secundùm naturam esse, ut quid eodem modo dissolvatur, quo est constitutum, non verò negari quin etiam aliis modis id fieri queat. Contrarium namque dilucidè ex pluribus exemplis refulget. Nam obligatio haud dubiè est juris Gent. sed tamen tollitur per acceptilationem *l. 1. ff. de acceptil.* novationem *l. 1. ff. de novat.* item per debiti depositionem *l. 9. C. de solut.* ut non minus confusione *l. 75. l. 95. §. 2. ff. de solut.* modis omnibus Juri Gent. incognitis. Sic quoque servitus etiam Jure Civili introducta tollitur per manumissionem *§. 1. J. de libertin.* quæ est Juris Gent. *l. 4. ff. de J. & J.* Ideoque major ex *d. l. 35.* extructa, additâ particulâ TANTÙM erit falsissima. Non etiam *impedit*, quòd potissimi & plurimi effectus patriæ potestatis sint ex Jure Civili. Resp. Si non omnes malè contra nos concludi. *non mov.* quod causæ ejus constitutivæ proximæ, sint ex Jure Civ. veluti adoptio vel legitimatio. Resp. enim rursus particulariter colligi, quandoquidem matrimonium prima & potissima potestatis causa, ratione suæ essentiæ non nisi absurdissimè ad Jus Civile referatur *vid. pr. J. de J. N. G. & C.* nec *officit* quòd deportatus amittat patriam potestatem *§. 1. I. quib. mod. jus p. p. solv.* cùm is tamen retineat quæ sunt Juris Gent. *l. 15. ff. de interd. & releg.* Resp. deportato tantùm qualitates patriæ potestatis ex Jure Civili adimi, non ipsam potestatem & imperium, quippe quod etiam extra orbem Romanum in suos liberos retinet. Non denique adversatur *l. 6. ff. de J. & J.* quam maximè urgent *Rittershus. d. loc. in fi. & Hunnius lib. 1. Resol. tr. 2. q. 17.* propterea quod patriæ potestati ex Jure Gent. aliquid sit additũ, jura sc. & qualitates plurimæ *§. 2. J. de patr. potest.* & quoq; nonnihil detractum, jus nimirum vitæ necisque *l. 2. ff. ad L. Cornel. de Sic.* Resp. enim jam nominatos autores suo se gladio jugulare, cùm fatendo potestati Juris Gent. aliquid à Jure Civili esse

esse additum; non possint non simul concedere, ipsam potestatem jam ante Jus Civile floruisse: siquidem adjectio tanquã accidens, aliquod præexistens subjectum præsupponat. Quem ictum nequaquam elidit responsio *Hunnii*, quando regerit: hîc non de quavis potestate, sed Romanorum propria quæri, cùm hoc ipso nihil fingi dicive possit ineptiùs. Quisnam ut mollissimè dicam, ita hebetis & obtusi fuerit ingenii, qui si tali modo formetur quæstio: an potestas illa patria quæ est Romanorũ propria, sit Juris Gent. & aliis Gentib. cõmunis? non ipsam decisionem quæstioni involatã, imò apertè verbis: Romanorum propria, adjectam animadvertere facilimè possit. Quapropter incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdim. Ne verò cuiquam verba *d.l.6.* generalia imponant, sciendum est, ibid. non dici, quòd quatenus inventa Juris naturæ & Gent. in Republ. & Civitate quadam, aliquo vel addito, vel detracto recipiuntur, eatenus statim Juris Civilis efficiantur, ne alioqui manumissiones, quia certus manumittendorum numerus à Jure Civ. definitus est, *l. de L. Fus. Canin. toll.* servitutes, quia quosdam in servitutem perveniendi modos Jus Civile adjecit §. *4. J. de Jur. pers.* successiones item, contractus, & tantùm non omnia, in toto nostro Jure, contra ipsam Justiniani sententiam, ineptissimè Juri Civ. adscribenda veniant: sed hoc solùm velle, ut in Jure Civili proprio, mero, & positivo constituendo, licèt ratio status & πολιτεύματος habenda sit, non tamen omnis ratio naturalis negligi, aut aliquid honestati repugnans constitui oporteat. Cætera quæ hîc moveri solent jam diluta video à *Bachov. tr. de Act. Disp. 2. in παρέργῳ.*

aph. 5. Qualis quantaque potestas in liberos ex legibus Romanis parenti olim competierit, notum est ex *Dionys. Halicarnass. lib. 2. Antiq. Rom. & Autoribus h. aph. citatis*, qui uno ore fatentur, eam non tantùm parem, & æqualem fuisse potestati herili in servos, sed in quibusdam etiam majorem: quapropter rectè sentit *Autor*, dùm jus illud tanquam à vera ratione adhorrens ex Christianorum Rep. ab optimis Impp. meritò ejectum, neque unquam reducendum esse contra Bodinum statuit; non solùm ob diversas patris erga uxorem, liberos, & servos habitu-

dines, quæ utique etiam diversitatem imperii efflagitant: sed vel maximè 1. Quia liberis & parentibus mutuus amoris ardor instillatus est summus & parentibus quidem erga liberos vehementior, quàm his erga parentes, *l ult. in pr. C. de Curat. furios.* amor enim magis descendit quam adscendit *arg. l. 8. §. ult. ff. quod met. causa l. fin. C. de Cur. furios. & Dd. ad l. 28. C. de inoff. test.* sed inter dominum & servum non tam arctum, imò nullum intercedit amicitiæ vinculum: quos enim hodiè servos possidemus cras alienatos familiâ ejicimus. Proinde parentes isti non in naturam modò injurii, sed etiam in propria viscera sævire videbuntur, qui asperiùs & duriùs liberos suos, quàm servos tractare maluerint. 2. Gravissimè quoque pugnat jus vitæ necisque in liberos, cum voto parentum communi, quando lege naturæ ita jubente omnia liberis parant, semperque filios habere superstites unicè exoptant, *teste Sveton. in Consol. ad mort. c. 10. & l. 15. ff. de inoff. testam. l. 7. fi ff. und. liber.* imò etiam vivis adhuc parentibus liberi quodammodo domini paternorum bonor. habentur *l. 11 ff. de lib. & posth.* 3. Insuper hæc opinio, quæ patribus delicta filiorum puniendi facultatẽ tribuit, adversatur legi divinæ, quæ præcipit filium immorigerum coram magistratu duci, & sententiâ ab hoc secutâ, lapidibus obrui *Deut. 21. v. 19.* 4. Denique omnis Reipubl. & magistratus ordinatio huic fini inventa, ut delicta atrociora coerceat, turbaretur, cuivis patri privato istâ potestate permissâ. Nec ullius sunt momenti aut ponderis, quæ contra hæc nititur afferre *Bodin. d. c. 4.* non 1. quòd hoc modo optimè possint coerceri liberi, & in officio contineri, si sciverint, omnia parentibus in se licere. Resp. *n. 1.* Imò imperium patris non tyrannicum sed regium esse *Arist. 1. Polit. 8.* nec in atrocitate, sed in pietate consistere debere *l. 5. ff. ad L. Pomp. de parric.* 2. Quin & si liberi intellexerint, à nutu & arbitrio patris irâ conciti, filum suæ vitæ pendere, varias ab iisdem machinationum & insidiarum tendiculas, non minus ac olim à servis, qui hinc proverbio locum fecere: QUOT SERVI, TOT HOSTES, metuendas esse: dum non cessaturi sint, donec vitam parentibus quibuscunque etiam modis & mediis fieret, adimerent, & durum servitutis mortem perpetuò minitantis jugum excuterent: non 2. quòd periculum

nul-

nullum subsit, ne pater ob summum in liberos affectum suo jure abuteretur; id quod videtur hausisse ex loco quodam *in Com. ad Enchir. Epict. p. 62.* qui juxta versionem *Rittersh. d. class. 3. part. 1. c. 1. pag. 76.* hunc habet sensum: veteres Romanorū ll. tum excellentiâ naturæ consideratâ, & laboribus quos filiorum causâ parentes capiunt, tum etiam eo cōsilio, ut liberos omninò patriæ potestati subjicerēt, fretæ naturali parentum erga filios pietate, & vendendi illos si vellēt, potestatē dedere parentib. & occidēdi. Resp. *n.* 1. Maxime si in patrem ipsum fortè quid commiserit filius, verendum esse, ne in vindicta propriæ injuriæ modum is excessurus siet. 2. vel si propter affectum & amorem erga liberos patri tanta licentia concedenda esset, multò certè magis & major matri, quæ calidiùs & impensiùs prolem amare consvevit, impertienda foret. 3. Committit elenchum plurium quæstionum. Alia enim est quæstio; an pater sua potestate abusurus sit? quam non proponimus: alia verò: an ex vera & solida aliqua ratione, patri tanta potestas danda sit? quod ipsum nos quærimus & negamus. Quoniam igitur juxta hæc, rationibus tum naturalibus tum quoq; Politicis congruit hanc in liberos tyrannidem potius quam potestatem patrib. meritò jam olim fuisse ademtam, utiq; *decens non fuerit, ut quod benè exclusum est, in Remp. rursus introducatur. Nov. 89. c. 11.*

aph. 9. & 10. Huic sponsaliorum distinctioni, quam *Alexander III.* induxisse creditur *arg. c. licet. de sponsa duor.* causam & occasionem videntur præbuisse clandestinæ quorundam nubentium mutui amoris repromissiones *Cypra. tr. de sponsal. c. 4. § 3.* Etenim cùm antiquitus omnes desponsationes fierent præsentibus vel parentibus, vel aliis, quorum manui contrahentes erant suppositi, hunc ferè in modum, ut vir mulierem quam uxorem cupiebat, à patre, avo, vel etiam fratre peteret ita, juxta Plautum in trinumo, stipulando.

Lysit. *Sponden' ergò tuam gnatam uxorem mihi?*
Charin. *Spondeo, & mille auri Philippum dotis.*
Lysit. *Istac lege filiam tuam sponden' mihi uxorem dari.*
Charin. *Spondeo.* Lysit. *Et ego spondeo idem hoc.*

ma-

mulieris verò sive puellæ pater, avus aut frater eandem despóderent (nam rarissimè ipsæ partes inter sese stipulabantur *Cypr. d. tr. c. 3. §. 5.*) adeoq; ut fida testatur antiquitas, nullus verborum futuri temporis esset sive usus, sive utilitas, cùm protinus factâ sponsione sibi mutuo vir & uxor, intercedente deductione in domum, farre, aliisque solemnibus, extitissent: evenit, ut quidam amoribus meretricibus capti, quia de parentum consensu diffidebant, sibi ipsis clam & remotis arbitris nuptias promisissent, verbis in futurũ, & illud tempus, quo fortè *κύριοι* (ita enim parentes & alios despondentes vocat *Cypræus d. tr. c. 4. §. 2.*) consensuri sperabantur, conceptis *v. g. promitto tibi mea lux, quod ducam te sive accipiam in uxorem*: ex quibus solùm ad nuptias futuro tempore contrahendas, erant obstricti. Ex hoc depravato despondendi more, cùm ex Jure Canonico insuper *ιερολογία* ad essentialia matrimonii requiri cœpisset, nec ante validum & firmum matrimonium haberetur, quàm si coram facie Ecclesiæ, mutuâ repromissione fidem conjugalem nubentes utrinque publicè spondissent *c. nulli 13. Caus. 35. q. 2. c. 2. & 3. Caus. 30. q. 5.* postea factum est, ut in desponsatione privata, licèt præsentibus parentibus facta sit, verba plerunque in futurum, ad usq; sc. benedictionem sacerdotalem conciperentur: Sacerdos autem sponsis verbis præsentis temporis præiret, hique eundem secuti, eodem modo sibi invicem stipularentur & promitterent. Et si juxta hanc nostram sententiam distinctio isthæc sponsaliorum, intelligitur & explicatur, quid inde absurditatis metuendum sit non video. Sponsalia namque dicuntur à sponsione, sc. quod mutua interrogatione & responsione perficiantur, & ad instar stipulationis vim obligandi habeant: qualiscunque igitur fuerit ex sponsalibus obligatio, talia quoque ipsa sponsalia tanquam causa utique rectè nuncupari poterunt: nimirum ut quæ non statim, sed in futurum obligant, sponsalia de futuro sc. matrimonio: de præsenti verò, quæ cõtinuò & citra temporis intercapedinem matrimonium ipsum subsequitur, dicantur. Et hactenus quoq; concedi potest, quòd alias sub alio sensu est falsissimum: nuptias sc. esse contractum, quando videl. per nuptias non ipsum matrimonium & individuam vitæ consvetudinem, sed festivitatem, ritus, & sub hoc

etiam

etiam stipulationem illam solemnem intellexerimus, *arg. l. 24. C. de nupt. §. pen. I. h. t. de nupt. l. 66. §. 1. ff. de donat. int. v. & ux. Caj. 1. Inst. 4.* & ad eas tanquā accidens retulerimus omnia, quæ ex legibus, pro contractu genere matrimonii adstruendo, adducuntur à pluribus, quos enumeratos & solidè confutatos exhibent *Dn. Riem. Dec. 2. q. 1. & Dn. Ungep. Ex. 3. q. 3.*

aph. 14. Polygamiam simultaneam omni Juri, tam Civili, quàm Divino, ut & naturali gravissimè refragari ita breviter ostendo. *Primò* quidem quòd Sacratissimis Impp. Romanis isthæc semper displicuerit, hiq; eam graviter detestati fuerint, patet *ex l. 2. C. de incest. nupt. l. 1. de his qui not. infam. l. 18. C. ad L. Jul. de adult.* & novissimè *ex Ordinat. Imper.* in der P. H. O. *art. 121.* ubi utrique sexui in hoc genere delicti pœna capitalis est præstituta. Deinde Jure divino eandem fuisse semper prohibitam, propemodùm est incunctabile, tùm ex primæva Conjugii institutione *Gen. 2. vers. 22.* ubi verba singularia probè notāda sunt: tùm ob Christi & Apostolorum autoritatem, qui ubique duas tantùm in conjugio personas numerát, quemadmodum ex inductione omnium dictorum clarum evadit, velut *Matth. 5. v. 32. c. 18. v. 25. c. 19. v. 3 & c. 29. v. 1. Marc. 10. v. 11. Luc. 16. v. 14. 1. Corinth. 7. v. 2. & seq. c. 9. v. 5. Ephes. 5. v. 28. 31. & 33. 1. Timot. 3. v. 2. Tit. 1. v. 7.* quibus non obsistunt loca *Eph. d. c. 5. v. 22. Coloss. 3. v. 18.* cùm distributivè sint accipienda hoc sensu; ut quælibet uxor suo proprio marito sit subdita, prout explicātur *1. Cor. 7. v. 2.* tùm denique, quia polygamia repugnat typo amoris & unionis Christi, & Ecclesiæ, quem in unius viri cum una fœmina conjunctione unicè quærendum esse docet *Apostolus Ephes. 5. v. 32. & seqq.* Neque quicquam contra nos faciūt Patriarcharum V. T. πολυγάμων exempla: quia 1. non exemplis sed legibus est judicandum *l. 13. C. de sent. & interloc.* aut 2. si exemplis standum fuerit, probabilia adduci oportet, quod hoc loco fieri nequit, cùm primus, qui à regula divinæ institutionis secessit, fuerit Lamechus, ex impia Caini posteritate oriundus *Genes. 4. v. 19. & 3.* propterea non quid fiat, sed quid fieri debeat, spectandum erit *l. 12. ff. de off. præsid.* Quamdiu igitur non ostenditur Patriarcharum polygamias Deo probatas

I fuis-

Polygamiam simultaneam tam Juri Civili quam Divino refragari

fuiſſe, legi iſti generali: & erunt duo in carne una: ſtandũ eſſe non ambigo, & cum principe hujus ſeculi Theologo Dn. D. Gerhardo exiſtimo patres quoque ipſos, multas uxores ducendo, grande peccatum commiſiſſe, ſed tamen idem ob ignorantiam & fidem in Meſſiam illis fuiſſe remiſſum. Quod verò etiam ipſi juri naturali ejusque principiis contraria ſit πολυγαμία, id licet colligere 1. ex animalium plerorumq; veluti columbarum, turturis, cornicum & aliorum, quæ uni tantùm fœmellæ conjunguntur, inductione, ut hominem meritò pudere debeat, ab animalculis ἀλόγοις diſcere, quid rationi & naturali juri congruat. 2. ex innata tam viris, quàm fœminis Zelotypia, quâ alteruter conjugum ægrè fert, ſi copiam ſui pars altera extraneo cuidam fecerit, quem utique affectum fruſtra mulieribus natura implantaſſet, ſi marito etiam aliarum fœminarum amoribus frui liceret. 3. ex defectu æqualis naturalis obligationis, dum quælibet pars corpus ſuum alteri debet *1. Cor. 7. v. 4.* Ergo æqualiter, & ſicut uxor marito, ita hic illi totum. 4. ex fine matrimonii pleroque impedito. Si namque primus finis eſt liberorum generatio, & educatio, ac civium in remp. ſuffectio *l. 1. ff. ſolut. matrim.* quis non videt, hunc multitudine liberorum præpediri. Etenim licèt plures quidem ſuſcipiantur ex pluribus uxoribus liberi, eosdem tamen ita valentes, robuſtos ac Reip. utiles nequaquam ſperare licet; cùm haut dubiè ſæpius fœmellæ proditura ſint: & nec in tot liberis, quot ex pluribus uxoribus tolli poterunt, genio & ingenio plurimùm differentibus, probè educandis, eadem cura haberi poſſit, quæ fortè in paucioribus. Sic quoque finis alter, qui eſt mutuum adjutorium, ut communicatis operis, ſe mutuò cohabitantes adjuvent, & rem familiarem augere ſtudeant, non parùm multis ſuperinductis uxoribus impeditur: cùm amor diviſus ſit ſemper imbecillior, & vera amicitia non niſi inter duos rectè colatur *Ariſt. 8. Eth. 6.* quomodo enim uxor eum unicè redamet, à quo ſe non unicè amari intelligit. Ad hæc principatus quoque œconomicus, in cujus admittitur conſortium uxor, ſingularitatem diligit, arbitratore *Seneca in Agamemn.* quando ait:

Semper habet lites alternaq; jurgia lectus,
Nec regna ſocium ferre, nec tadæ ſciunt.

Ta-

Taceo nunc incommoda & damna, rixas & æmulationes uxorũ rivalium, quæ polygamiam individuo nexu solent comitari: exemplo sint Hagar & Sara *Genes. 16. v. 5.* Rahel & Lea *Gen. 30. v. 15.* Anna & Pheninna *1. Sam. 1. v. 6.* Plura non addo, sed velim conferri *Dn. D. Gerhard. loc. Theol. 28. de Conjug. §. 215. & seqq. Anton. Gvibert. Costan. tr. de matrim. c. 1. n. 2. & seqq. usq; ad n. 13. Broneb. Cent. 1. assert. 99.*

aph. 21. novissimo] Id quod manifestum est *ex l. 8. & seqq. C. de nat. lib. Nov. 12. 89. & 117. &* 2. nec refert, quòd in conjunctionibus honestatis potissima ratio haberi debeat *l. 42. pr. ff. de rit. nupt.* Resp. enim in justis utique & approbatis, qualis non est concubinatus, qui majoris tantùm mali devitandi causa, per conniventiam à Jure nostro Civ. toleratur, nequaquã verò simpliciter probatur: Minus *obest l. unic. C. de Concub.* quæ loquitur de viro non cœlibe, sed marito, cui cõcubinam alere interdictum esse etiam nos fatemur *arg. l. ult. in fi. ff. de divort.* nec *mov.* quòd liberi ex concubina suscepti in potestate parentum non sint *contra l. 56. §. 1. ff. de V. S.* Resp. enim id fieri propterea, quod ex justo & quoad potestatem patriam approbato matrimonio nati non fuerint: naturales enim quoad potestatem patriam spuriis accensentur § *fin. I. de nupt.* quamvis propriè nec spurii nec injusti, sed mediæ cõditionis habeantur *l. 5. 6 & 7. C. de nat. liber.* cùm & patrem demonstrare possint, & ab intestato instar legitimæ aliquid illis relinqui debeat *d. Nov. 89. c. 12.* Cætera quæ *Forster. lib. 6. de succ. ab intest. c. 4. & Gœdde. ad l. 144. ff. de V. S.* vel ex *Aristotele* vel etiam *Leone* sibi objiciunt, quia sunt ἀπροσδιόνυσα, indigna confutatione censemus.

aph. eod. Jure Canonico] Ut verò Jure Canonico sit permissus Concubinatus tria oportet concurrere. 1. ut utraque persona sit soluta, quod etiam Jure Civ. requiritur *l. ult. in fi. ff. de divort. l. 1. C. de Concub.* 2. ut intercedat fides mutua, ne alter alteri personæ jungatur. 3. ut convivendi habeant propositum constans & firmum *c. 5. & c. solet 6. Caus. 32. q. 2.* adeoque nihil ferè desit ad verum matrimonium præter ἱερολογίας sive benedictionem sacerdotalem. Istis igitur concurrentibus omninò concubinatum *Jure Canon.* permissum esse verum arbitror per *c. is qui 4. c.* Tria concubinatum requisita

 Chri-

Christiano 5. *Dist.* 34 *d.c. solet. Caus.* 32. *q.* 2. nec obloquitur *c. nemo blandiatur* 4. *Caus.* 32. *q.* 4. ubi dicitur, quicquid in ea, quæ non est legitima uxor, admissum fuerit, adulterii crimine damnari oportere. R. *enim* alii, Ambrosium ibid. non legem, sed consilium proponere, quo velit monere, ne quis concubinam sibi agglutinet. Sed rectius dicimus: eundem inibi loqui de marito cum soluta rem habente, & asseverare, tali casu non minùs adulterium verè committi, quàm si uxor alterius thori, cùm viro extraneo concubuerit, quandoquidem ob eam differentiã, quam inter vir. & uxor. quoad adulterium Jus Civile summa cum ratione constituit, quo de *infr. Diss. fin. Coroll.* 11. tacitè legislatores perstringens, ita exorditur *d. c. Nemo sibi blandiatur de legib. humanis*, ac proinde cùm de casu planè diverso loquatur *d. c.* nec hili nec pili facimus, ut & reliquos textus sive Canones, qui huic nostræ sententiæ solent objici, puta *c. 5. cum 2. seqq. Caus.* 32. *q.* 4. & *c.* 6. *dist.* 34. siquidem & ex illis nulla Juris Civ. derogatio probari possit, sed hoc solùm, quod beati patres ad colendam sanctimoniam, & matrimonium præ concubinatu eligendum, homines exhortari voluerint.

apb. 24. De furioso quod hîc dicitur, res est expedita satis, nõ modò per citatas *ll.* sed vel maximè, quia in hoc negotio consensu opus est *inf. apb.* 47. furiosus autem uti nõ habet voluntatem *l.* 40. *ff. de R. J.* nec intellectum *l.* 14. *ff. de offic. Præs.* nec sensum *l.* 22 §. 7. *ff. solut.* sed quoad hæc confertur cum brutis *l.* 5. §. 2 *ff. ad L. Aquil.* infantibus *l.* 12. *ff. ad L. Cornel. de sic.* ignorãtibus *l.* 12. *ff. de reb. cred.* imò mortuis *l.* 24. §. 1. *ff. reb. rem. haber.* ita quoque planum est eund. nec consentire posse *l.* 8. §. 2. *ff. de opt. & elect. leg.* At verò in eo qui ebrietatis obtentu fidem à se datam esse, negare velit, accuratè distingvendum & disquirendum est: an ebrietas ista tam enormis, immodica & omninò talis fuerit, quæ mentis exilium induxit: an verò tantùm modicè flore Liberi Bachi cerebrum madefecerit, quo casu olim Germani optima quævis consilia iniisse tradit *Tacit. de morib. Germ.* ut illo solùm casu, tanquam vinolentiâ omni mentis ratione & judicandi, assentiendiq; facultate orbatus meritò audiatur, & absolvatur *c. unusquisq; Caus.* 22. *q.* 4. *c. sanè* 7. *c. inebriari* & 9.

Caus.

Cauf. 15. q. 1. hoc autem non æquè, cùm talis neque ebrius neq; insanus censeri possit, sed ad hilaritatem potiùs adbibisse: plurimi namque ita verecundi an potiùs meticulosi reperiuntur, ut nisi paulò plusculum adbiberint, rebus gravibus expediundis prorsus inhabiles exsistant, *Wesenbec. par. ff. de rit. nupt. n. 8. Beust. de Jur. Connub. part. 1. c. 11. Covarr. part. 2. de matrim. c. 3. n. 9.* Ejusmodi verò nimia ebrietas potest probari vel per testes, qui vel isti cùm ita se ingurgitasset, præsentes assederunt, vel ex sermone, ingressu, & gestib. conspexerunt, quòd ipsius nec pes nec manus suo officio fungi potuerit: vel etiam in dubio, quādo is ebrietatem simulasse creditur, ad jusjurandum tanquam ultimum remedium decurri poterit *Cypr. tr. de matr. c. 13. § 62.* ut juratus edicat, se adeò vino fuisse obrutum, ut nihil penitus eorum, quæ acta essent, nunc recordaretur. Ita n. animus tanquam per spiritualem torturam benè demonstratur *Br. in l. 10. pr. ff. de acquir. vel amitt. possess.*

aph. 29. Duplex hinc constitui potest pubertas, una naturalis, altera Civilis. Naturalis est, quando ex habitu & inspectione corporis dignoscitur, qui, quæve nam ad generationem habiles appareant *pr. I. quib. mod. tut. fin. c. pubes. ext. de despon. impub.* quô modô pubertatem Cassiani æstimare consueverunt teste *Ulp. lib. 1. Inst. tit. 13. §. fin.* Cùm verò Proculejani eum, qui 14. annos explevisset, & insuper Persius, in quo utrumq; & habitus corporis & numerus annorū appareret, puberes judicassent, adeoque designati nihil haberetur: hinc quia aliàs impudicum videbatur, habitum corporis sive fœminæ, sive masculi intueri, tandem obtinuit, ut masculi qui 14. & fœminæ qui 12. annos explevissent, puberes intelligerentur; quam Civilem pubertatem non ineptè quis appellaverit. Hanc licèt arrogantiùs sibi sumat, & tribuat Justinian. *d. pr. I. quib. mod. tut. fin.* propiùs tamen fidem est, eam corporis inspectionem multo ante Justinianum tempore jam fuisse sublatam. Ita namque *Tertullianus*, qui tempore Imp. Severi floruit *in lib. de virg. velan. tempus*, inquit, *ethnici observant, ut ex lege naturæ jura sua reddant: nam fœminas quidem à 12. annis, masculos verò à duobus amplius ad negotia mittunt.* Testatur idem *Macrob. lib. 7. Saturn.* quando ait: *Sci-*

endum, Jura publica 12. annum in fœmina, & 14. in puero pubertatis ætatem definire. Anne igitur illi, qui ante definitum tempus vim procreatricem habent, ut fieri non rarò assolet, scribēte *Hostiē-si in c. ult. de eo qui cogn. consangv.* & *Hieronymo in epistola ad vitalem*, nuptias non rectè contrahunt? Sanè juxta ea, quæ *diss. præced. ad aph. 16.* dicta sunt, de jure Civ. ita videtur statuendū, prout idem disertè negant *Ulp. in l. 32. §. 27. ff. de donat. int. vir & ux. & Pomponius in l. 4. ff. de rit. nupt.* quemadmodum nec dissimile quoque juxta jus Canon, dicendum videtur propter *c. 2. de despon. impub. & c. juvenis de sponsal.* Verùm utut quoad Jus Civ. id facilè largiar, diversum tamen secundum Canones Pontificios obtinere, & justas eo quoque casu nuptias contrahi non ambigo *propter c. à nobis. c. de illis, & c. ult. de despons. impub.* nec *mov.* quod ob prævertentem annos sponsalib. destinatos, prudentiam, sponsalia tamen non rectè contrahantur *d. c. 2. de desp. imp. & d. c. juvenis de sponsal. Tr. v. 2. D. 6 tb. 4. l. d.* R. *enim* 1. hoc posterius adhuc esse dubium, cùm non desint, qui contrarium defendant, teste *eod. Tr. d. loco* inde sc. quia in *d. c. 2.* agitur de ejusmodi impuberib9, qui planè non intelligūt quod agant, & consequenter nec consentire possunt. 2. Posito, id in sponsalibus non licere, minus tamen rectè ab illis ad nuptias colligitur, cùm utrobique sit maximè dispar ratio. Siquidem de malitia supplente ætatem in nuptiis, certò & ex facto constare possit: non autem de ea quæ suppleat consensum in sponsalibus, dum consensus non nisi ex intellectu & ratione, cujus fallacia indicia possunt præbere verba & gestus, æstimari solet ac potest. Insuper & hoc inter utrumque interest, quod sponsalibus limitatè & determinatè septennium sit præscriptum, adeò, ut ante de nudo facto contracta habeantur, nec impedimentū honestatis inducant, ut patet *ex ex c. 4. & 5. de despons. impub.* matrimonio verò contrahendo à Jure Canonico non certum aliquod temporis spatium sit præfinitum, sed sola corporis habitudo inspicienda præcepta *c. 3. d. t. de desp. impub.* quam ubi natura ante consvetum tempus corpori induxerit, quidni eandem & nos secundum Jus admittamus. Junge *Bachov. ad Tr. d. loc. Anton. Gvib. Costan. tr. de matrim. c. 3. n. 15. & aliquot seqq. & n. 46. cum seq. & tr. de spons. c. 3. n. 3.*

aph.

Aph. 32. Quoniam *magis veritas oculata fide, quàm per aures, hominum animis infigitur § fin. l. de grad. cogn.* age igitur ut & auribus & oculorum inspectione, perfectissima graduum doctrina melius innotescat, singulas hîc ab Autore & vulgò constitutas regulas convenientibus declarabo exemplis. In linea igitur recta sive perpendiculari ex Jure Civili juxta generationis seriē supputatio instituenda & ordinanda est, ut toto gradu personæ, de quarum propinquitate (ita malo loqui, quam cognatione, quia cognati dicuntur, qui quasi simul ex eodem nati sunt: quod utique non de filio in respectu ad patrem, sed in relatione ad fratrem, cum quo ex eod. parente natus est, rectè dicitur) quæritur distent, quot sint generationes, sive quot sint personæ unâ demtâ. Sic quando quæritur quoto gradu inter se Divi *Maximilianus I. & Matthias Impp.* differant? numera personas

1. *Maximilianus I.*
2. *Philippus. Hispaniarum Rex, delicium generis humani cognōmatq.*
3. *Ferdinandus I.*
4. *Maximilianus II.*
5. *Matthias.*

& reperies quinq;: unâ igitur demtâ supersunt quatuor. Quarto igitur gradu hi laudatissimi Impp. dissident. In linea Collaterali adscenditur ab ea persona, de cujus cognatione quæritur, ad stipitē, & ab eodem rursus descenditur in latere opposito ad alteram personam, ut tot sint gradus, quot utrinque intermediæ generatiōes sive quot personæ, stipite demto: idque tum in linea Collaterali æquali, tum quoque inæquali pariter obtinet: hactenus enim Jure Civ. nulla est differentia, secus quàm Jure Canonico, ut mox subjiciam. In linea igitur æquali v. g. *Dn. Wilhelmus & Dn. Ernestus Duces Saxoniæ, Juliæ, Cliviæ ac Montium, &c. lineæ Vinariensis fratres*, quoto gradu dif-

ferant, si quæritur? Colloca stipitem sive Dn. patrem Dn. *Johannem* intermedio loco, & numera.

2. *Johannes.*

1. *Wilhelmus* — *Ernestus.* 3.

inventis personis tribus, deme stipitem, & remanent adhuc duæ: Secundo igitur gradu hi nostri Principes Illustrissimi sunt dissiti. Inæqualis lineæ exemplum hoc habe ex eadem familia illustrissima Vinariensi

3. *Johannes.*

2. *Wilhelmus.* — *Ernestus* 4.

1. *Gustavus Wilhelmus.*

ut igitur scias, quoto gradu *Dnus. Ernestus & Dominus Gustavus Wilhelmus* Dni. fratris filius inter se distent: supputa personas, quæ sunt quatuor: stipite demto tres restant: tertio proinde gradu *Dnus. Ernestus & Dn. Gustavus Wilhelmus* infallibiliter differunt.

In Jure Canon. quoad lineam rectam eadem numeratio locum habet: idcirco novo exemplo haut erit opus. At verò in linea Collaterali sive transversa occurrit aliqua differentia. Si enim linea Collateralis fuerit æqualis, toto gradu inter se distant, quoto una persona differt à stipite, hoc eodem demto: *v g.* quæritur, quoto gradu *Rebecca & Esavus* juncti sint? numera ab alterutro ad cõmunem stipitem, qui est *Thare* hoc modo

4. *Thare* 4.

3. *Nahor.* — *Abraham.* 3.

2. *Bethuel.* — *Isaac.* 2.

1. *Rebecca.* — *Esau.* 1.

adsunt personæ quatuor, deme stipitem, tres adhuc sunt reliquæ: tertio igitur gradu *Esavus & Rebecca* juxta computationẽ Canon differunt, quæ juxta Civilem sexto distarent.

In

In linea Collaterali inæquali ita instituitur supputatio, ut à persona remotiore numeretur ad stipitẽ, & toto gradu inter se conjuncti differre dicantur, quoto remotior distat à stipite *v. g.* dubitatur quoto gradu dissideant *Abraham & Dina*: schema cõstitue tale.

6. *Thare.*

Abraham | 5. *Nachor.*

4. *Bethuel.*

3. *Rebecca.*

2. *Jacob.*

1. *Dina.*

Incipe numerare à *Dina* ad *Thare*, & habebis personas sex, demto stipite supersunt quinque. Quinto igitur gradu *Abraham & Dina* juncti sunt.

aph. 33. Præmissis regularum utriusque Juris illustrationibus, commodè subjungimus quæstionem: *utra graduum supputatio ceu Juri divino & naturali magis congrua præferenda sit?* Distingvunt quidem alii inter materiam successionis, tutelæ, & matrimoniorum, civilem magis probantes quoad successiones & tutelas: Canonicam verò quoad causas matrimoniales *Duaren. ad tit. de sol. matrim. c. de nupt. n. 3. plurimùm reverendus & per totum orbem celebratissimus Theologus Dn. D. Joh. Gerhard. Loc. de Conjug. §. 253. cum pluribus ibidem allegatis.* Verum salvo istorum judicio rectiùs videtur sentire *Beza de divort. pag. 23. Alber. Gentil. lib. 5. de nupt. c. 6. Bach. ad Tr. vol. 2. d. 6. th. 2. l. F.* & cum iis *Autor hic*, quando ubique & in omnibus causis Civilem supputationem Canonicæ longè anteponunt, & quidẽ 1. Quia naturalis dictat ratio, tot esse debere gradus, quot sunt generationes, ut semper persona generata gradum novum adjiciat. *§. 7. l. de grad. cogn.* quemadmodum igitur quidem pater generat filium, & hinc quoque filius à patre gradu primo distat: non autem frater unus generat alterum, sed diversa & duplici gene-

K ra-

ratione à patre proveniunt: ita quoque meritò duo fratres nō primo gradu, sed secundo à se invicem differre dicūtur, & gradum nullum primum linea Collateralis agnoscit *l. 1. §. 1. ff. de gradib.* nec ullius flocci facio responsionem *Bellarmini de matrim. c. 26.* ubi dicit: quòd imò absurdum non sit ut frater fratri primo gradu conjungatur, cum uterq; in uno patre conjungatur. R. *enim* conjungi quidem fratres in uno patre ut filios, quo intuitu etiam Jure Civili non nisi primo gradu tanquam filii à patre uterq; dissident: at verò si quæritur, qualiter frater à fratre distet? non posse omisso stipite tanquam utrumq; connectente, ab uno ad alterum fieri transitum. 2. Hinc quoque Canonica supputatio videtur inepta, quia quod etiam pueris Arithmeticorum liquet esse falsissimum, persona à multis inæqualiter distantibus, æqualiter ipsa differt. Pone namque schema.

	6. *Thare.*	
5.	*Abraham.*	*Nachor.*
4.	*Isaac*	*Bethuel.*
3.	*Jacob.*	*Laban.*
2.	*Joseph.*	
1.	*Manasses.*	

& inquire, quoto gradu *Manasse* distet à *Laban?* utique manifestum est quod quinto, juxta regulam Canon. postremam, quia remotior *Manasses* totidem generationibus à *Thare* remotus est. Si pergis quærere, quoto verò distet idem *Manasses* à *Bethuel?* rursus evenit quod quinto prout eodem quoque gradu differt à *Nachor* ob regulam: quot gradibus remotior distat à stipite, tot inter se distant. Verùm quòd hoc ipso, quæso, ordini naturæ, quæ diversa generatione *Nachor, Bethuel, Laban*, produxit, & collocatos voluit, magis contrarium? Neque huic vitio medetur *Bellarmini* responsio, dum ait: illos, qui in uno latere sunt, veluti *Nachor & seqq.* nullam habitudinem ad eos, qui

qui in altero sunt, habere, nisi ratione stipitis, in quo junguntur, & in quo omnes qui sunt in altero latere, esse intelliguntur. Regeri namque potest, ex ead. ratione fluere; *Manassem* quoque à *Laban* tertio gradu distare, propterea, quòd *Laban* totidem generationibus diffideat à stipite: quandoquidem nulla possit adduci solida ratio, cur pauciores illi ex uno latere, respectu illorum ex latere opposito plurium, nullam habitudinem debeant habere, sed hi solum plures habere debeant, respectu illorum. 3. & maximè supputationem Canon. improbandam esse arguit hoc, quòd juxta eam ducere liceat, quam nec divinum jus; nec Civile duci permittit. Etenim Jus Canon. in linea trásversa inæquali usque ad quartum gradum inclusivè prohibet conjunctionem, in quinto verò concedit *c. non debet 8. de consangv. & affin.* hoc igitur posito & schemate superiori cōstituto

Thare 6.

Abraham. 5. *Nachor,*

4. *Bethuel,*

3. *Rebecca,*

2. *Jacob.*

1. *Dina.*

utique hic *Abraham* fratris sui abneptem, quæ à *Thare*, & consequenter ab ipso *Abrahamo*, quinto differt gradu, posset ducere, quod tamen & jus Civile & Divinum prohibet, propterea, quoniam ista hæc *Abrahamo* filiæ loco constituta est §. 3. *I. de nupt. l. 39. ff. de rit. nupt. Lev. c. 18. Deut. 22. in fi.* neque ullius est momenti *Duareni* limitatio, quando *arg. c. 3. & arg. c. ult. de Consangv.* regulam prædictam Juris Canon. de ducendis iis, quæ quinto distant gradu, restringit ut non procedat, nisi alter quoque sit quarto, aut ad summum, tertio gradu à stipite remotus, neque sibi invicem parentum & liberorum loco existant: quia 1. isti, qui in altero sunt latere pauciores, ex Canonistarum hy-

pothesi, quam supra quidem enervavi, nullam habent ad plures in altero latere habitudinem, & consequenter neque ad eosdem *d. c. non debet.* respexisse præsumendū est: Inprimis 2. Quia hac limitatione admissâ, illius alterius regulæ: ut in linea inæquali eod. inter sese gradu distēt, quô remotior à stipite: nullus planè in matrimoniis futurꝰ esset usus, dū videl. juxta hanc *Duareni* restrictionem, non sufficeret quinto gradu remotam esse ducendam, à ducentis stipite, nisi & hic tertio aut quarto differret. 3. Hinc quoque nulla evadit ista *Duar.* limitatio, quoniam ut disertè *Schneidw. in arbor. Consangu. Canon. sub finem* asserit, hoc in casu proposito, matrimonium communiter à Canonistis probatur, referente *Joh. Andr. in declar. arbor.* ubi idē *Schneidwing* annectit, quòd de eo casu, quando alter secūdo quoque vel tertio gradu differt, nulla unquam dubitandi ratio fuerit. Nihil deniq; movet ratio, quam pro stabilienda supputatione Canon. affert *Dn. D. Gerhard. d. loc. §. 254.* quod videl. in eadem non principaliter consideretur, quātum persona una distat ab altera, sed quantum utraq; à communi stipite, in quo cognatio fundatur. Quia *resp.* etiam hoc concesso, sequi tamen juxta numerationem Canonicam ejusque regulas, ut præmissum schema ad oculum demonstrat, quem posse eam ducere, quæ sibi filiæ loco existit, quod tamen legi divinæ gravissimè repugnat. 2. exinde quoque illud absurdi sequi, quod subantea *arg. nostro 2.* notavi, nimirum personas inæqualiter distantes, inter se tamen æqualiter esse dissitas. Ad quod licèt *Dn. D Gerh.* excipiat: imò hoc absurdum non esse, cum distantia hic attendatur ratione stipitis, à quo pendet cognatio: non ratione personarum conjungendarum, ac proinde ratione stipitis semper eandem manere remotioris personæ distantiam. Replicari tamen potest, præterquam quòd talis numerationis nullum possit adduci fundamentum solidū, uti paulo superius *d. arg. 2. vers. regeri.* dixi, accedere & hoc, quod maximè hoc loco quando de conjungendis Collateralibus non verò adscendentibus & descendentibus quæritur, necessariò etiam in supputando distinguendum, nec tantùm adscendentium & stipitis, verum etiam collateralium & earum personarum, quæ jungi debent ratio-

tio-

habenda sit: ne si non personæ ipsæ inter se conferuntur, etiam in infinitum in linea Collaterali conjunctio interdicta sequatur, prout hoc quidem ex eodem fortè fundamento, antiquioribus Canonibus erat dispositum *cap. 17. & cap. 18. de Consangv. Schneidw. d. loc.*

aph. 35. Licèt inter nuptias incestas & nefarias scrupulosè quasdam differentias alii conquirant, tradentes, nefarias propriè dici, quæ in linea recta inter adscendentes & descendentes contrahuntur: incestas verò, quæ inter consangvineos Collaterales in gradibus vetitis ineuntur *Beust. de matrim. c. 58. & 59. Mynsing. ad §. 1. n. 4. Heig. ibid. n. 11. I. de nupt. Forster. lib. 6. de succ. ab intest. c. 49. n. 1. & 4.* rectiùs tamen, & magis secundùm ll. loqui videntur, qui promiscuè istis vocibus utuntur *Rittershus. ad Novell. part. 4. c. 2. n. 9.* ad exemplum tum Justiniani *d. §. 1. & Nov. 12. c. 1.* tum Jctorum *Caji lib. 1. I. tit. 4. §. 9. & Pauli l. ult. ff. de rit. nupt.* cumprimis, quia etiam utriusque verbi etymon, exiguum, imò nullum inter utrumque discrimen arguit: nefariæ enim dicũtur ex eo, quòd contra fas, i. e. juris præceptũ sint contractæ, *Borch. ad d. §. 1.* sive ut existimat *Nonius Marcellus c. 1.* quòd farre solito, quo Romani utebantur in sacris, dignæ non viderentur: quales utique etiam sunt incestæ, ita dictæ à Græco verbo *ἀκέω*, unde *ἀνήκεστον*, quod scelus gravissimum & inexpiabile denotat, attestante *l. 2. C. si nupt. ex rescript. petant.* quin & juxta priorem nefariarum etymologiam, incestæ nuptiæ pro Jure prohibitis perpetuò Juris usu appellantur *vid. l. 4 l. 6. & 11. C. de incest. & inut. nupt. Cujac. ad d. Nov. 12.* Prout igitur jus, quo personæ certæ cõjungi prohibentur, non est uniusmodi, ita ratione istius prohibentis nuptiæ incestuosæ diversimodè vocantur: quædam enim tales sunt ex Jure naturali & Gent. quibus sc. jus naturæ aut Gent. læditur: quædam v. Jure Civili, quippe quæ contra dispositionem Civilem sunt contractæ, quod satis expeditum esse videtur. De eo verò gravis admodùm est inter Dd. concertatio, ad quam incestûs speciem fratris & sororis concubitus referri debeat? Sed magis probatur Autoris hic sententia, qui jure naturali & gentium ejusmodi concubitus improbari statuit cum *Beza de repud. p. 36. Alb. Gentil.*

1. *Lect.* 11. *& lib.* 5. *de nupt. c.* 8. *Dn. Riem. dec.* 2. *Coroll.* 1. *Kitzel. in Synopf. matrim. c.* 3. *theor.* 7. *l.* 2. ob sequentes quidem rationes I. Quia istiusmodi conjunctio legibus divinis fuit interdicta *Lev.* 18. *v* 9. *& Deut.* 27. *v.* 22. Et etiam Jure naturali. Nam illas prohibitiones non merè forenses, sed morales & naturales fuisse solidè & nervosè probat *Menzer. de Conjug. tit. de grad. consangv. prohib. Dn. D. Gerb. d. loc. de Conjug.* §. 294. id quod vel ex his duabus rationibus est manifestissimum 1. quoniam etjam aliæ gentes ex terra Canaan ejectæ, propter harum legum transgressionem sunt punitæ, ut clarè testantur *d. c.* 18. *versiculi plurimi*, inprimis *v.* 23. quod certè fieri non potuisset, nisi ipsis hæc quoque lex fuisset posita. Pœna namque arguit delictum *arg. l.* 11 *ff. de pœn.* delictum transgressionem: transgressio autē ibi nulla est, ubi lex nulla *Rom.* 4. *v.* 15. 2. quia ipsi quoque Prophetæ ex dictis legibus gentiles reprehenderunt *Ezech.* 22. *v.* 10. quod itidem facere non potuissent, si ad populum solùm Judaicum ut leges forenses pertinuissent. Alterum meum argumentū est tale: Quòd quæ ratio juris naturalis prohibet filiam jungi cū patre dum hoc modo nō duo in carnem unam conjungantur, sed unus pater cū carne sua misceatur: eadem adversatur fraternis conjugiis, cùm etiam soror & frater sint eorundem parentū viscera. Quin 3. ex opposito ita colligo cum *Alb. Gent. d. lib.* 1. *lect.* 11. Quæ natura ex iisdem parentibus separata esse voluit, eadem si in unam carnem per matrimonium coierint, naturâ faciunt invitâ, quia hæc eadem si voluisset fratrem & sororem conjungi, non hominis operam expectasset, sed ex duobus unū ipsa sua vi efformasset. At verò naturâ diversis generationibus sororem, & fratrem distinxit. E. Tandem hanc quoque sententiam tantùm non expressis verbis probant *l.* 8. *junct. l.* 39. *in fi. ff. de rit. nupt.* ubi moribus, i. e. Jure Gent. disertè incestum committere dicitur, qui sororem libertinam matrimonio sibi copulat. His rationibus & fundamentis uti spero robustissimis probari video à Dd. nostram sententiam, quæ quod etiam Cujaciū alioqui dissentientem moverint, ut post diu libratam hanc quæstionem priori sententia quàm *lib.* 16. *Observ.* 37. fovebat, retractatâ nobis *in d. Nov.* 12. adstipularetur, non miror. Nunc ad contraria,

r. 9, quæ ex *Bellarmino* & aliis movet *Bachov. ad Tr. v. 2. D. 6 th. 2. l. c.* breviter respondere tentabo: Non igitur *obest*, 1. Quod si naturâ vel jure gent. esset prohibita ejusmodi conjunctio, nulla opus fuisset lege positiva, quippe quæ punit ea tantum, quorum prohibitio omnibus non constat. R. enim imò novum non esse, ut quæ etiam lege naturæ interdicta sunt, Jure tamen Civili denuo prohibeantur, exemplo sint adulterium, raptus, furtum, & promiscuæ libidines lege naturali turpia & prohibita *l. 42. ff. de V. S. l. 1. § 3. ff. de furt.* de quibus tamen insuper Jus quoque Civile disposuit. Simili quoque modo cùm plurimi ex Gentibus cõtra lumen naturæ adhuc reliquum, promiscuè se miscendo, egissent, idem interdictum sæpius & melius inculcare Jehovam cõpulsum esse. *non etiam movet* quòd apud quasdam, imò plerasque gentes perversa isthæc consvetudo, matrimonia in gradibus prohibitis contrahendi, inoleverit, velut de Ægyptiis *Dion. Cass. lib. 41.* de Atheniensibus *Muret. lib. 15. V. L. c. 15.* de Persis *Plutarch. in Artaxerxe* testantur locupletissimè. R. *n.* Jus Gent. non ex depravatis quarundam gentium moribus æstimari debere: sed ex recta & incorrupta ratione, & necessariis inde deductis conclusionibus, quibus fraternum conjugiũ repugnare sapientissimus Legislator ipse Jehova sua prohibitione declarat. Neque enim propterea furtum naturâ turpe esse desinit, quòd Lycurgi legibus apud Lacedæmonios idem probatum legitur: nec præposteræ libidinis usus illorũ gentilium, de quibus Apostolus *Ephes. 4. v. 19.* conqueritur, jus naturale omnium cordibus insculptum, de castitate tuenda, evertit: quin potius saniores gentilium ex lumine naturæ pravitatem utriusq; sceleris cognovisse, aliquàm multis exẽplis demõstrat *Dn. D. Gerb. d. loc. §. 302.* Unus hic sufficiat Abrahamus, quãdo *Gen. c. 11.* Saram uxorem propterea sororẽ suam appellat, quia credebat, homines illius loci ita horrere conjugia sororum, ut audito sororis nomine, statim putaturi forent, eã sibi uxorem non esse. *non mov.* quòd lege Dei gravior pœna irrogetur ei, qui peccat in linea recta, quàm qui in transversa R. inde nihil aliud sequi, nisi quod etiã Jure naturæ unum delictum altero sit gravius: diversitas enim pœnarum arguit quidem diversos pecca-

to-

torum gradus, non autem diversam Juris speciem: id quod nec ego quidem diffiteor, & idem ex collatione parricidii & simplicis homicidii, furti & sacrilegii, adulterii & fornicationis simplicis, sole meridiano clarius elucet. Insuper *non mov.* quòd si naturâ turpis esset hæc conjunctio, utique semper obligasset, etiam ante legem datam: nec viri plurimi sanctissimi puta Jacob *Gen. 29.* Amram *Exod. 6. v. 20.* & ipsi *filii Adæ* talia matrimonia contraxissent. R. n. 1. ut *supr. apb.* 14. exempla non constituere regulam, sed constitutam declarare, proinde, ab exemplis quæ nunquam probata legimus, ad evertendam divinam constitutionem apertam perquam ineptè colligi. 2. Quod attinet peculiariter exemplum Jacobi, qui duas simul sorores habuit: illi facto, error, Labani versutiâ & tenebrarum tegamento conciliatus, causam præbuit, quod eidem postea ob fidem in Messiam fuit condonatum: Primi verò isti homines sorores ducentes propterea nihil *Bellarminum* juvant, quoniam ob acceptum mandatum, ut gignendo multiplicarentur, cùm alii homines non adessent, necessitate inevitabili sorores ducere coacti sunt: quod ipsum *quò est antiquius compellente necessitate, tantò posteà redditum est damnabilius, religione prohibente Augustin. de Civit. Dei lib. 15. c. 16.* nec obest quod factum intrinsecus & in se malum, non possit per aliquam necessitatem bonum & licitum effici. R. n. maximè si dominus naturæ & juris naturalis videl. ipse Deus idem fieri permiserit, quod hic fecisse putatur ex eo, dum genus humanum voluit propagatum nec tamen alias fœmellas condidit, sed hoc ipsum factum Israelitarum quod mox subjiciam, evidentiùs declarabit. Præterea non *mov.* quòd si ipsa distantia graduum naturalem prohibitionem haberet, utique etiam patrui cum nepte matrimonium prohibendum fuisset. Resp. Imò id factum esse firmiter credo, quia ut docet pluribus *Dn. D. Gerh. d. loc.* §. *275.* non personæ tantùm nominatim expressæ, sed gradus potiùs æquè distantes ob rationis paritatē, quæ est turpitudinis vitatio, prohibiti censeri debent. Ita quoque *non mov.* quod frater jubeatur fratris sine liberis prædefuncti ducere viduam. *Deut. 25. v. 5.* unde colligunt. Et quod legitur *Lev. 18.* de non ducenda fratris uxore, & reliqua, non

erunt

gunt juris naturalis præcepta *arg. §. pen. I. de I. N. G. & C.* R. n. cum *Dn. D. Gerhardo d. loc. §. 320. Matth. Hafenreff. in Loc. Theol. lib. 3. loc. 10. & Beza de divort. p. 78.* Legem Deut. de ducenda fratria esse planè peculiarem, soli Judaico populo propositam & quidem in casu speciali, quando frater ἄπαις moritur: eamq; spectasse ad conservandam tribuum & familiarum distinctionem, ut posset cognosci, ex qua stirpe Messias esset oriundus. Cùm igitur ex singulari dispensatione Jehovæ tanquàm naturæ domino, isthæc conjunctio fuit concessa, salva utique & inconcussa post Messiam jam missum stabit & manebit ista naturalis prohibitio de nō ducenda fratria. Exemplo sit mandatum, factum Israelitis servientibus, de aureis vasis ab Ægyptiis commodatò accipiendis, secumq; auferendis *Exod. 12. v. 35.* quod sanè nequaquam efficit, quo minus furtum ipsum naturâ prohibitum permaneat. Minimè verò omnium *movet* quicquam exemplum *Ammonis & Thamar*, quando iste cōpressurus sororem, rogatur à puella, ut se petat à rege *2. Sam. 13.* quasi propterea fraternum conjugium fuerit licitum: cùm ut facilè quivis animadvertit, isthæc *Thamar* protulerit, ut cupidum & inflammatum amatoris animū frangeret, ac præsentissimo stupri periculo sese eriperet, quæ sanè citra pudendam vecordiam & summam judicii imbecillitatem, à viro cordato in argumentum trahi & adduci nequeunt. Deniq; non etiā resistunt textus Juris Civ. & quidē 1. quam potissimùm dissentientes urgent, *l. fin. ff. de rit. nupt.* ubi inter solos adscendentes & descendētes Jure Gent. incestus committi dicitur. R. *n.* inibi non negari, quin & frater cum sorore incestum Jure Gent. committat: sed solùm asseri, quòd in linea recta citra personarum numerationem, semper & omni gradu, ac casu, incestæ nuptiæ contrahantur, cùm in eadem linea nullo unquam Jure Civili nuptiæ fuerint permissæ *§. 1. I. h. t. & l. 59. ff. d. t.* secus se habere quoad lineam transversam, in qua non tantùm inter paulo remotiores: verùm etiam inter fratrem, & sororis filiam, quandoq; permissum erat connubium *l. ult. C. de incest. nupt. & SCto, temporibus Claudii facto: ut scribit. Tacit. lib. 12. annal.* quandoq; verò prohibitum *l. 5. C. d. t.* Ideoque non negatur quin planè in linea trās-

versâ de Jure Gent. incestus committatur, sed solùm, quòd non pari modo & gradu. 2. adducunt *l. 38. §. 1. & 2. ff. ad L. Jul. de adult.* in qua cum sororis filia Jure Civ. incestas nuptias contrahi dicitur, Sed *resp.* ex modò dictis: ideò cum filia sororis Jure Civ. incestum committi asseri, quia cum eadem aliquo tempore Jure Civ. nuptiæ fuére licitæ *d. l. ult. C. de incest. nupt.* quæ postea alio Jure Civ. rursus prohibebantur *d. l. 5.* quod idem de sororis & fratris conjunctione hautquaquam affirmari poterit, quippe quæ nullo Jure Civ. erant unquam permissæ, ut ad eas interdicendas alio Jure opus fuisset: *Cujac. ad d. Nov. 12.* Hujus verò disceptationis utilitas satis potest colligi ex *l. 38. §. 2. ff. ad L. Jul. de adult.* in qua dicitur, si mulier incestũ contra Jus gent. admiserit, tunc minimè excusari poterit, cùm eam tamen quodammodo à pœna incesti contra Jus Civ. commissi, ignorantia excuset: adde *Paul. lib. 2. sentent. tit. 19. de nupt. in fi.* Ratio diversitatis satis est liquida: ignorantia namq; juris naturæ est nimis crassa & supina ac proptereà nec veniâ digna: Juris autem Civ. ignorantia mulieribus facilè condonatur *l. 9. ff. de I. & F. I.*

aph. 36. Pertinet *hic aph.* ad genuinæ §. 4. *I. h. t.* lectionis affirmativæ defensionem. Cum enim in Consobrinorum matrimoniis nihil Jure divino esset prohibitivè dispositum, & dehinc in iisdem pro Imp. libidinibus, dispositiones variè mutarentur, velut *Author* hîc & plenius *Harprecht. ad h. § 4.* tradunt, factum est, ut quidam Dd. recentiorum Imperatorum constitutionibus decepti particulam negativam NON huic §. inserere auderent, quod faciunt *Franciscus Hottom. ad d. §. 4. enunciat. 1. Ant. Fab. Jur. Papin. tit. 9. pr. 6. illat. 6. alii,* obtendentes, isti suæ traditioni adsistere authoritatem tum *Theophili Paraphrastis Justiniani Græci,* apud quem negativè ita legatur: οὐ δύνανται πρὸς γάμον συνάπτεσθαι: tum quoque *Caji qui lib. 1. Inst. t. 4.* itidem asserat: fratres amitinos in matrimonium jungi nulla ratione permitti. Verùm enimverò tanti istorum autoritatem æstimare nõ debuissent, ut à Justiniano & lectione probatissimorum Codicum affimativa recederent. *Theophilum* namq; quod attinet, adhuc est in incerto, quis isthic fuerit: non Triboniani fuisse sociũ in componendo Jure, sed alium quendam recentiorem constã-

ter

ter uno ore tradunt *Alb. Gent. lib. 5. de nupt. c. 11. Eguin. Baro ad tit. quib. mod. jus p.p. 5.* Similiter quoque de Cajo communis est Dd. traditio, eum non veterem illum esse, cujus meminit Imp. *in proœm. Inst. §. pen.* sed recentiorem aliquem, & quidem Regis Gothorum Alarici Consiliarium, qui pleraq; ex Jure Justinianéo ad usum sui temporis, quo jam apud Gothos tales nuptiæ erant vetitæ, teste *Cassiodoro in libris varior.* transtulerit. Quod verò D. Justiniani ætate consobrini licitè matrimonia contraxerint, id constat ex locis plurimis *d. §. 4.* parallelis, veluti *l. 3. & l. 67. §. 1. ff. de rit. nupt. l. 23. cum l. seq. ff. de condit. instit. l. 78. § 8. ff. ad SCt. Trebell. l. 19. C. de nupt. l. 2. C. de instit. & subst.* partim quoque ex ratione hac ipsius Imp. satis valida: quòd sc. tales liberi æqualiter inter se distantes, nullum ad invicem parentum liberorumve respectum, nec consequenter reverentiæ obstaculum habeant: qua simul infringitur objectio *Ant. Fabri* quando *sup. d. loc.* nobis obponit rationem *§. praeced. 3.* quòd cujus filiam ducere non licet, ejusdem nec nepotem permittatur; dum ex modò dictis constat: illam rationem non universaliter, sed secundùm restrictionem *§. 5. eod. tit. & l. 39. ff. de rit. nupt.* quando scil. uti filia, sic quoque neptis & proneptis liberorum vel fratrum loco alicui fuerit, intelligendam esse. Junge *Bezam de divort. p. 56. Dn. Riem. D. 2. q. 8. Donell. 13 Cō. c. 19 ibiq; Hillig. l. H. aph. 39.* Licèt enim matertera filio adoptivo neque cognata, neq; agnata fiat: non cognata, quia adoptio jus sangvinis non adfert *l. 23. ff. de adopt.* neq; etiam agnata, quia licèt agnati dicantur quasi à patre cognati, requiritur tamē & illud, ut perpetua virilis sexùs linea descendat *l. 4. §. 2. ff. de grad. & affin.* ac propterea dicendum videatur, filium adoptivum æquè matrem aut materteram, i.e. matris sororem patris adoptivi, ac ipsius sororem ducere posse: attamen non tam cognationis & sangvinis, quam honestatis ratione, & ob devitandum tum reverentiæ contemtum, tùm nominum confusionem *arg. l. fin. C. de legit. tut.* talibus nuptiis interdictum censeri debet. Etenim si filio adoptivo materteram ducere permissum esset, utique hinc reverentiæ oriturus esset contemtus summus, dum qui filius est adoptione, mox post contractas hujusmodi nuptias parens esse

inciperet affinitate: matertera namque patris huic ipsi habetur loco parentis §. 1. *I. de nupt.* & consequenter, qui eam duceret filius adoptivus, quasi vitrici aut parentis instar habendus esset: unde certè nec minor nominum confusio metuenda videtur, dum persona una eademque duas tam contrarias relationes & necessitudines sustineret, & parentis ac filii officia cōmiscerentur: simili planè modo, quemadmodum si quis matrem novercæ duxerit, aut mulier patri vitrici aut privigni filiæ nupserit, nomina generi & soceri, socrus & nurus appellationes confunderentur. Verùm tamen superiori prohibitionis rationi tanta vis non inest, quantam habet respectus filii & patris, ob quem inter affines matrimonium contrahi prohibetur § 3. *I. h. t.* non enim diutius materteram, aut patris adoptivi matrem, quæ ante matrimonium ne affines quidē meæ sunt, ducere impedior, nisi quamdiu in familia patris adoptivi extitero: namq; si ēmācipatus ab eodem fuero, sine dubio nihil impedit nuptias, cùm post emancipationem extraneus intelligor *d. l. 55. §. 1. ff. de rit. nupt.* Idem verò non est quoad patrem & filiam adoptivā, quippe quæ post emancipationem quoque duci nequit: adeò religiosum, religioseq; colendum & venerandum est nomen paternum. *Ant. Faber Jur. Papin. h. t. pr. 6. illat. 5.*

aph. 40. Ex etymologia adfinium, quam *Autor hic ex l. 4. §. 3. ff. de grad. & affin.* proponit, facilè colligitur, non posse eos, qui vel ipsi sunt fines, vel fines cognationis nō contingunt, propriè affines appellari. Fundamentum namq;, principium, & causa affinitatis ex una parte est uxor, terminus autem cognatio viri: ex altera parte vicissim maritus est fundamentum, terminus verò cognatio uxoris. Non igitur utrinque cognati affines rectè nuncupantur, quia si conferuntur, deficit conterminationis fundamentum, nullo eorum fines utriusque cognationis attingente: nec quoque maritus & uxor inter sese sunt adfines, sed una caro, & adfinitatis potiùs principium *Mauser. ad §. affinitatis I. h. t.* equidem si hi duo inter se conferuntur, deficit relationis terminus, nec istorum aliquis ad fines cognationum accedit, sed sunt ipsa extrema & fines, ad quos qui ex alterutro latere accedunt, demùm propriè adfines appellari merentur. Cui

po-

posteriori membro magis probando, admodùm succurrit *l.5. C. de hered. instit.* in qua, si cõjux propriè loquendo affinis esset, nulla dubitandi ratio foret: quę tamen videtur esse, quòd vitiosè sub appellatione affinis uxor instituta videretur, quam elidit ratio decidendi *ex l.72. §. fin. ff. de condit. & demonstr.* falsâ scilic. demonstratione nec legatum, nec institutioné vitiari. *Mauser, d.§. affinitatis ibi. Glossa.* Prius insuper & id quod de cognatis adstruxi, illativè roboratur *ex §.8. I. de nupt. & l.34. §.2. ff. de rit. nupt.* ubi comprivignorum invicem & duarum sororum cũ duobus fratribus conjunctiones probantur, quod fieri certè hautquaquam potuisset, si inter sese affines essent, quippe inter quos ceu fratrum & sororum loco sibi invicem cõstitutos, matrimoniũ est prohibitum *§.6. & seq. I. h.t. l.4. §.7. ff. de grad. & affin.* Denique huic nostræ sententiæ opitulatur *c. porrò 3. Caus. 35. q. 5.* ubi adfinitas dicitur parentela, quæ ad virum ex parte uxoris, & vice versa pertinet, & maximè *c. quod super 5. de consangv.* ubi verbis expressis nostra hæc sententia & plurima elegantia tractantur. Quapropter audiendus non est *Duaren.* quãdo ad *tit. de solut. matrim. rubr. de nupt. c.3. pag. 248.* ait: qui negant omnes cognatos invicem affines esse, isti verba Modestini *in d.l* 4. affines sunt viri & uxores cognati: corrumpunt veriùs quàm interpretantur: quoniam idem potiùs in eundem *Duarenum* retorquere possumus, dum prioribus illis verbis reliqua sequentia: & altera ad alterius cognationis finem accedat: quæ plusquam manifestè arguunt, affines non posse dici nisi cognatos, qui ad alterius cognationis finem, non totam cognationem, accesserint, pessimi Interpretis exemplo non conjunxit contra *l. 24. ff. de ll. videat. Bachov. ad Tr. vol. 2. d. 6. th.3 l.A. Alb. Gent. lib.5. de nupt. c.12. Dn. Foman. Disp. ad Inst. 3. th.22. l.8. Mauser. ad § socrum quoq; pag. 368.*

aph. 41. Hujusmodi comprivignorum matrimonia non quidem magnoperè svadenda videntur, ob rationes plurimas easque urgentissimas, quas *Dn. D. Gerb. d. loc. § 358.* adducit: sed tamẽ nullo nec Civili, propter hic allegatos textus perspicuos: nec Canonico, ob nullam contractam inter consangvineos viri & uxoris affinitatem *d. c. quod super ext. de Consangv.* nec denique Jure Divino eadem interdicta censeri debent. Licèt enim

ignarus ego Hebrææ lingræ, de genuina *d. c. 18. v. 11. Levit.* interpretatione judicare nequeam, non tamen existimaverim, unici Junii, quem *Ant. Matthæus* allegat, autoritati tantū debere tribui, ut ab aliorum longè probatissimorum Autorum, & ex his, *B. Lutheri* versionibus, qui sic reddiderunt: Du solt der Tochter deines Vaters Weibes / die deinem Vater geboren ist / und deine Schwester ist / rc. recedatur; maximè, cùm ipse *Junius* posteà in analytica expositione, sententiâ suâ priori mutatâ, locum istum accipiat non de comprivigna, sed nepte patris aut matris. Optimè verò dictum locum à quorundam neotericorū, inter quos eminent *Tremellius & Piscator*, *Junii* consectanei, corruptelis vindicat *Dn. D. Gerhard. loc. de Conjug. §. 357.* eundem de sorore germana accipiens, & simul ad objectionem, quā insuper movere solent: quòd ita manifestè tautologia videretur commissa, dum *in vers. præced.* 9. jam de sorore sive ex patre tantùm, sive ex matre tantùm fuerit, actum sit, respondet, vel 1. ob frequentiam talium nuptiarum inter Ægyptios & Cananæos expressioris declarationis causâ istam repetitionem necessariò factam esse: vel 2. in vers. quidem 9. sororis ὁμομητρίας ἢ ὁμοπατρίας, vers. a. 11. sororis αὐτοκασιγνήτης, i. e. germanæ conjugium prohiberi.

aph. 43. Duas ex *præced. aph. Autor* hic infert affinitatis imperfectæ species. *Unam*, quæ per sponsalia concubitu non secuto: *alteram*, quæ quovis illegitimo coitu contrahitur. Etenim in prima specie licèt adsit 1. conjunctio legitima, & 2. personæ, quæ debent affines fieri, ipso unionis tempore alterutri conjugum esse possent conjuncti, deficit tamen tertium *supr. aph. præced.* primarium requisitum, copula nimirum, sive mixtio corporū, quà confusio sangvinis potissimùm inducitur. Unde quia hic nondum est matrimonium secutum, sed spes tantùm nuptiarū inducta per sponsalia *l. 13. §. 3. ff. ad L. Jul. de adult.* nec perfecta quoq; erit affinitas: sed tamen talis, quæ ob publicæ honestatis justitiam impedimentum matrimonio contrahendo generet, dum nec spem matrimonii violare licet *d. l. 13.* Inde verò perperam quidam inferunt: hoc ergò publicæ honestatis obstaculū matrimonium quoq; consummatum dirimet; cum nullibi in verbo Dei matrimonium cum consangvineis sponsi vel spon-

sæ contractum dissolvi jubeatur, sed ubique verba, quæ propter affinitatem matrimonia prohibent, de conjugali agant actuali cōgressu, quod sufficiēter probat regula ista *Levit. 18.* generalis: nemo ad carnem carnis suæ accedat, ad revelandam nuditatem ejus, atqui sponsus & sponsa per copulam conjugalem non sunt facti una caro. *Altera* species affinitatis imperfectæ est, quando intercedente quidem copulâ, & personis uxori & marito conjungendis existentibus, vitium tamen hæret in mixtione & copula, dum eadem non est legitima & matrimonialis: quæ itidem contrahendo matrimonio remoram injicit: *v. g.* Juvenis quidam puellam imprægnavit, eâque denatâ cogitat istius sororem matrimonio sibi jungere, quæritur, an id eid. sit concedendum? verior utique est sententia negativa, ob contractam licèt imperfectam affinitatem, quā adesse ulterius sic demonstro 1. Affinitas maximè fundatur, & oritur ex confusione sangvinis, quando diversæ cognationes per juncturam extremorum in unum coalescunt *l. 4. § 3 ff. de grad. & affin.* sed per illicitum quoq; coitum sangvinem confundi nemo negabit, nisi cui cerebro caput est vacuū. 2. Cùm igitur per conjunctionem etiam illegitimam vir & mulier unum corpus efficiuntur *1. Cor. 6. v. 16.* adeoq; adest fundamentum affinitatis omninò adjectâ insuper mulieris cognatione, tanquam termino, exurgit affinitas. *sup. aph. 40. 3.* Præterea si duæ istæ personæ per copulam una caro sunt redditæ, sanè manifestum est, virum ad carnem carnis suæ ad revelandam nuditatem accedere, quod propter affinitatem est vetitum *Lev. 18. v 6.* 4. Si ut ex modò dictis perspicuum est, ex illicito quoque coitu nascitur cognatio, prout idem quoq; innuit *l. 14 ff de ritu nupt.* certè non potest nō quoq; adesse affinitas *l. 14 § 3. d. t.* 5. in matrimoniis & affinitatibus jus naturale & pudor naturalis potissimū attenditur: *d. l. 14. § 2.* ea enim causa est, cur ex servorum quoq; cōtubernio oriatur affinitas *d. l. 14. § 2.* dum sc. naturâ omnes sumus æquales *l. 32. ff. de R. J.* Atq; jure naturali talis fornicator vir illius puellæ habetur: cùm sit verè pater qui generat, & verè filius qui generatur. *Dn. D. Gerb. d. loc. §. 379.* cur igitur ex fornicatione oriri non possit affinitas? 6. nec inscitè huc deflecti posse videntur

ver-

verba *Nov. 12. c. 4.* licèt talis fornicator legum contemtor & impius, tamen pater est, & *Nov. 89. c. 1.* natura omnes similiter liberos tam naturales, quàm legitimos produxit: undè infero: Si verus est ille pater, & quos generat liberi sunt veri, quidni quoq; cognati junctorum, alterutri parti affines rectè dicantur. 7. & *ultimò* nec destituit me exemplum viri cumprimis sancti *Davidis*, qui compressas à filio *Absalone* concubinas decem, inclusit, nec unquam amplius cognovit, propterea, quòd illę omnes sibi per conjunctionem cum filio nurus essent factæ *2. Reg. 20. v. 3.* neq; huic quicquam adversatur *§. 12. I. de nupt.* per verba: *nec nuptiæ, nec matrimonium nec dos intelligitur,* quia ibid. coitus contra Juris Civ. prohibitionem institutus, negatur tantùm de Jure Civ. esse matrimonium, h. e. quoad effectus Jure Civ. legitimis matrimoniis competentes; non autem dicitur, quin congredientes naturales sibi invicem maritus & uxor existant, cùm ejus contrarium ex jam dictis rationibus solidissimis sit liquidissimum. non quoq; obst. *l. 4. §. pen. ff. de grad. & affin.* ibi: *adoptato non in familia patris adoptivi affinis esse dicitur.* Quia nulla prorsus est consequentia, adoptato patris adoptivi familiæ non est affinis. Er. neq; etiam fornicator compressæ puellæ consangvineis, quia ex adoptione quidem nulla nascitur cognatio *l. 23. ff. de adopt.* sed tamen eadem ex coitu quoq; illicito exoritur *l. 54. ff. de rit. nupt.* quæ ad affinitatem producendam sufficit *arg. d. l. 14. §. 3. ff. d. t.* 2. videtur JCtus ibi tantùm agere de perfecta & omnibus numeris absoluta affinitate, non imperfecta, qua de hic sermo est: quia alioqui, si planè eo in casu affinitatem velit negare, simul statuere videretur: non nisi ex probato coitu cognationem oriri posse *cont. d. l. 54. de rit. nupt.* siquidem nec cognatio quoq; ex affinitate nasci dicitur *d. l. 4. § per.* Minus denique urget ratio *Tr. vol. 2. d. 6. th 3. l. d.* quod concubitus illicitus non sit juris ut affinitas, sed facti. Resp. n. imò hoc ipsum sufficere, cùm ut affinitas nascatur, sangvinis confusio potissimum spectari soleat, quam ex quovis etiam illicito coitu oriri est indubium. & 2. admodùm infirma est majoris cōnexio: cùm etiam cognatio non minus sit juris quam affinitas, & tamē ex illicito concubitu, oriatur juxta sæpius *d. l. 54.* *Tertia* imperfe-

fecta affinitatis species est, quando cõfusio quidem sanguinis, & quidem ex unione legitima oritur, attamen personæ, quæ debent affines fieri, ipso illo unionis tempore non sunt alterutri conjugũ conjunctæ, quod fit in casu §. *9. I. h. t.* ubi filia, quam uxor post divortium ex alio procreavit, non quidem privigna mea est, quoniam dum mater ejus uxor mea non est, illa nec filiæ mihi loco esse potest: quia tamen ego per copulam unum corpus quondam cum matre factus sum, ideoque meritò à nuptiis quandocunque nasciture filiæ abstinere debeo.

aph. 50. junct. aph. 45. Hic *aph. 50. Autor* errorem status, inter essentialia matrimonii refert, ita ut si quis servam duxerit, quam credebat liberam, aut deportatam, quam putabat civem, matrimonium ipso jure nullum sit: Contra quod quis ita possit colligere *ex aph. 53. junct aph. 45.* Si deficiente aliquo essentiali matrimonium protinus ita nullum redditur, ut altera quoque parte mussitante, & volẽte non possit subsistere: sequitur, quòd etiam ob absentem civitatem tãquam essentiale quoddam, utut maximè altera pars noluerit, matrimoniũ nullum efficiatur. Atqui prius est verum *per aph. 51.* Er. etiam posterius, quod tamen negatur *supr. aph. 45.* & confirmatur *l. 1. C. de repud. l. 24. C. de donat. int. vir. & ux. l. 13. §. 1. ff. ead.* verùm potest totum argumentum concedi, si juxta hunc *aph. 50.* intelligatur de errore in matrimonio contrahendo commisso, quo de non loquitur superior *aph. 45.* qui dicit solùm, matrimonium ritè & legitimè contractum ob supervenientem deportationem non tolli: Cujus disquisitionis fortassis ea est ratio, quam Ulpian. *in l. 22. §. 7. ff. solut. matrim.* adducit: quia cùm uterque nubentium perpetuum sibi mutuò amorem, & individuam vitæ consvetudinem promittant, iniquum foret, hujus supervenientis infortunii alterutrum reddi nolle participem. Idem igitur quod in aliis plurimis evenire novimus, hîc quoq; contingit: ut scil. quod ab initio quidem fieri nequit, idem tamen si factum fuerit, teneat. Sic namq; furor quidem impedit matrimonium contrahendum, rectè tamen contractum non infirmat *l. 8. ff. de his qui sui vel al. jur. & l. 16. §. fin. ff. de rit. nupt.* plura exempla vide sis *in l. 1. ff. de author. tut. l. 8. §. 2. ff. de procur. Br. in l. 7. §. 5. ff. quando appell. fit.* Cæterùm ulteriùs dubitari possit, cur non æquè per deporta-

tionem dissolvi debeat firmũ matrimonium, ac fit per supervenientem servitutem, quam ita matrimonium irritare constat, ut nec altera quidem parte volente subsistat *l. 8. & l. 12. §. 4. l. 14. §. 1. ff. de capt. & postl. rev. l. 1. ff. de divort. d. l. 13. §. 1. ff. don. int. vir. & uxor.* Ad quod ego respondeo, maxime disparem esse servitutis & deportationis rationem, dum illâ non solùm quæ Juris Civilis, sed etiam quæ Juris Gent. sunt, amittuntur, servitute morti per omnia assimilatâ *l. 32. § 6. ff. de donat. int. vir. & ux. l. 59. in fi. ff. de condit. & demonstr. l. 209. ff. de R. J.* ac proinde ut societas omnis, etiam in perpetuum contracta, morte extingvitur *l. 1. l. 4. §. 1. l. 52. §. 9. l. 62. § 9. ff pro soc.* ita quoq; per servitutem hanc vitæ, omnisque juris societatem sive matrimonium *l. 1 ff. de rit. nupt. l. 4. C. de crim. expil. hered.* quoque dissolvi optime congruere rationi. At verò deportatus uti amissâ solùm Civitate, & iis quæ sunt Juris Civilis *l. 14. §. 1. ff. de interdict. & releg.* libertatem, & quæ Jure Gent. competunt, retinet *l. 15. ff. d. t. de interd. & releg.* ita consequens esse, ut matrimonium, in quo potissimùm Jus Gent. sequimur *l. 14. §. 2. ff. de rit. nupt.* hoc deportationis infortunio accedente, non perimatur: cùm nihil tam sit humanum, quàm fortuitis casibus mulieris maritum, vel viri uxorem reddi participem, *d. l. 22. §. 7 ff. solut. matrim.* nec mov. quòd etiam deportatione tollatur societas *l. 63. §. fin. ff. pro soc.* ubi morti quoq; hæc æquiparatur. R. *enim* morti quidem comparari deportationem in jure, sed nõ nisi in iis duntaxat partibus, in quibus solùm de bonis agitur, & quidem propterea, quia deportatio semper habet annexam bonorum publicationem, sive confiscationem *l. 2. C. de bon. proscript. l. 8. §. 7. ff. qui test. fac. poss. d. l. 15. pr. ff. de interd. & rel.* Hac igitur ratione societas deportatione tolli dicitur, quà nec res ipsa, sive bona in societate ampliùs permanent *d. l. 63. §. ult. ff. pro soc.* prout ex eod. fundamento nec in bonorum possessione cũtra tabb. petenda, filius deportatus nepoti, nec in bonis liberti deportatus patronus, filium potest excludere *l. 1. §. pen. ff de bon. poss. contr. tab. l. 4. §. 2. ff. de bon. libert. Anton. Fab. Jur. Papin. Sc. 9. pr. 3. illat. 14.* In matrimonio autem nulla bonorum societas contrahitur, sed utriusque fortunæ cõmunicatio invicem promittitur, quam ignis & aquæ interdictio impedire nequit: ne-

alio-

alioqui signis hisce & symbolis, quibus contrahentes minutissima Fati commoda conferre promittebant, majorem vim & efficaciam, quam ipsi rei veritati, fideli nimirum & constanti cohabitandi animo, tribuere nostræ leges voluissent.

Aph. 52 Hanc Autoris sententiam verissimam ita probatam exhibeo. 1. Iste duntaxat error efficit aliquid simpliciter involuntarium, qui est circa qualitatem per se & ex rei natura requisitam ad ipsius contractus essentiam: Sed talis non committitur in matrimonio contrahendo, quando quis obtentu divitiarum ad aliquam ducendam inducitur. Er. Major patet *ex l. 1. ff. de author. tut.* unde procardicũ hoc nascitur: ea quæ per accidẽs sive in cõsequẽtiã veniũt, naturã rei nõ immutãt: Proinde licèt error quoad accidens aliquod reddat actum involuntarium, non tamen est talis simpliciter: quia tantum dicitur involitum, quantum non est præcognitum *sup. aph. 47.* Minorem de qua maxima lis est, ita probo, 1. In confesso utique est, qualitatem divitiarum tantùm esse matrimonii accidentalem prædicabilem. & 2. potissimùm ac principaliter in matrimonio de personis conjungendis agi. Quando igitur quis ducturus Mariam, quam credit divitem, eatenus decipitur, ut ea quidem ipsa Maria, minus tamen juxta opinionem opulenta, & largè dotata domum redeat: is utiq; in persona & essentiali non dicitur errasse, sed solùm in accidente, & falsò persvaso divitiarum cumulo. Unde *alterum* nostrum exsurgit *argumentum*: Error qui tantùm est incidens, nec causam dat contractui, etiã ex hypothesi dissentientium, ipso jure contractum non annihilat: sed talis est, quando quis divitiarum illecebris ad aliquã ducendam impellitur. E. Minor constat inde, quia nemo tãtus suæ famæ prodigus habendus est, qui turpissimè velit fateri, se magis pecuniarum acquisitionem, quam personam ipsam spectasse: & imò nec audiendus quidem sit, qui tale quid fateri & obtendere non erubuerit *arg. c. nolo. Caus. 12. qu. 1. c. non sunt audiendi Caus. 11. q. 3.* ut hactenus plurimum inter contractus, quibus lucrum pecuniarium spectatur, & matrimonium intersit: quod solum non animadversum errandi causam & occasionẽ dissentientibus præbuit. *Tertiò* sic arguo: Deficiente licèt causa impulsivâ, non tamen in nihilum ipse actus redigitur *Gl. in l. 1.*

verbo. Causam. ff. de postul. vid. Diss. 1. aph. 16. quare si vel maximè lucri & divitiarum spe quis sit ad matrimonium illectus, nec easdem postea nanciscatur, nihilo tamen minus actus ipse & matrimonium firmum & ratū permanebit. Quocirca falsis ut plurimum hypothesibus innituntur, qui contrariam sententiā tueri satagunt, inter quos primas tenet Cypra. tr. de Jur. Connub. part. 1. c. 13. §. 58. quem sequitur Ernest. Cothm. Vol. 1. resp. 1. n. 929. & seqq. & qui utrumq; allegat Harpr. ad rubr. I. h. t. n. 149. cum multis seqq. non enim movet quod contractus matrimonii sit bonæ fidei, cùm in eo inprimis bona fides debeat exuberare Jason ad §. fuerit. 29. I. de act. n. 50. dolus antè dans causam contractui b. f. eum faciat ipso jure nullum l. 3. §. fin. ff. pro soc. Et. R. n. quatuor hoc argumento grandia postulata, quorum nullū adhuc sit indubium, præsupponi. 1. matrimonium esse contractum, quod supr. aph. 10. ex Dno. Riem. & Dn. Ungep. negavimus. 2. hoc posito, esse contractum b. f. quod tamē rursus falsum est, quia ut d. supr. loc. notavi, per stipulationem matrimonium solet contrahi, quam non bonæ fidei, sed stricti juris esse patet ex Diss. 18. aph. 64. 3. dolum qui dat causam contractui b. f. eum ipso jure nullum reddere, quod itidem adhuc est valde dubium vid. Dn. Riem. Dec. 9. Coroll. 4. & maximè, dolum hîc matrimonio dedisse causam, quod ipsum jam paulò ante per rationes & fundamenta ut spero satis valida negatum est: cùm hîc, si modò cum contractibus matrimonium liceat componere, potius locum reperiat, id quod dicitur in l. 13. §. 5. ff. de act. emt. alter contrahentium, non ut contraheret, sed ut minoris pretii rem compararet, sit cicumventus, nihil etiam mov. quòd persvaderi plus sit quam cogi l. 1. §. 3 ff. de serv. corrupt. Sed coacta matrimonia sunt ipso jure nulla infr. aph. 54. R. majorem non esse καθόλου veram, sed eo duntaxat casu, quando ex ista persvasione non malum tantùm factum sequitur, sed etiā ipse qui persvadetur totus corruptus efficitur, quemadmodum istam vocē ita in d. l. 1. usurpatam cernimus: nam si servus cogitur ad malū quippiam perpetrandum, potest adhuc esse innocens animo: verùm si persvasione inducitur ad idem peragendum, jam demum totus corruptus videtur. Idem verò in hoc nostro casu nō contingit, siquidem nec ad malum quippiam committendum quis

in-

inducitur, cùm omnis persona habilis sit ad matrimonium cõtrahendum: neque etiam animus persvasi corrũpitur, sed corrigitur, quin & corripitur, quòd matrimonia non mutuò amore, sed multo auro conciliari falsò & contra *l. 1. & l. 3. ff. de don. int. vir. & ux.* arbitratus fuerit. Tandem *non* etiam *obest*, quòd ea, quæ dolo malo fiunt, nullius sint momenti *l. 31 ff. de dol. mal.* Resp. id verum esse, si dolus versatur in parte quadam essentiali, non accessoria; & causam dederit contractui, non inciderit, ut hoc in loco fieri jam antea est evictum.

Aph. 53. Circa propositam quæstionem duo veniunt discutienda & stabilienda. 1. Errorem circa virginitatem nõ esse substantialem: & tamen ob eundem matrimonium officio Judicis posse dissolvi. *Prius* abundè liquet ex rationibus hic adductis vivacissimis, quæ demonstrant, si virginitas matrimonii foret qualitas essentialis, tunc neq; cum corrupta, etiamsi pars altera velit, neque cum vidua tanquam utrobique deficiente aliquo substantiali matrimoniũ posse contrahi & subsistere. Quare dũ hoc in casu nõ in ipsa persona, sed ejus aliqua qualitate fuit erratum, ideoq; summo quidem jure matrimonium istud valet, sed potest magistratus autoritate dissolvi *arg. l. 11. §. 1 ff. de contrahend. emt. l. 11. §. 5. ff. de act. emt. nec moveat* quenquam sorites Dn. D. Gerhardi, quem *Loc. de Conjug. §. 110. ex Menzero* ita nectit: virginitas læsa censetur corporis vitium: Corpora conjugum pertinent ad conjugii materiam, materia pertinet ad rei substantiam. Er. error in virginitate versatur circa ipsam conjugii substantiam. *R. n.* idem hîc evenire, quod dicitur *in l. 65 ff. de R. J.* nimirum ab evidenter veris, per brevissimas mutationes descendi ad id, quod evidenter falsum est. Prima namque propositio per se quidem est verissima, ratione cujusdam partis: non autem eo respectu, ut totum corpus inficiat, & immutet, ac consequenter idem inhabilem conjugii materiam efficiat *per d. l. 11. §. 1 ff. de contrahend. emt.* quod tamen sequenti propositione videtur inferri, dũ per oppositionẽ corpora tantùm omni vitio carentia ad materiam conjugii pertinere, & vitio affecta quodammodo materia conjugii esse negantur, quod tamen ipsum est falsissimum, cùm omninò etiam vitio corrupta corpora vera conjugii sint materia, ne alioqui ridiculè sequatur,

 etiam

etiam scabiosam, aut aliàs morbosam pro sana ductam propter vitium corpori adhærens posse repudiari, ex eodem argumentandi modo: Scabies, lippitudo, & morbi alii sive externi sive interni, sunt vitia corporis: Corpora conjugum, &c. Et, error circa munditiem & sanitatem corporis est circa conjugii substantiam, & per consequens, ejusmodi matrimonium irritum, ac ipso jure nullum; id quod nequaquam potest concedi *per aph. 52.* Quapropter 2. concedi quidem potest errorem in virginitate versari circa partem alicujus substantialis matrimonii, sed non in ipsa tota substantia. *Nihil* quoque *obest*, quod idem *Dn. D. Gerb. d. loc.* ex *Lombardo* colligit hunc in modum: Si tam Jure Canon. quàm Civili error conditionis v. g. si quis ducat servam, quam credebat ingenuam: matrimoniũ ab initio reddit nullum & irritum *supr. aph.* 50. multò magis ab initio quoque irritum tunc fuerit conjugium, si compressam pro virgine & casta quis duxerit. R. n. committi elenchum causæ, siquidem error conditionis ideo conjugium reddit nullum, quia impeditur per servitutem mutua corporũ potestas, quæ ad ipsam matrimonii essentiam pertinet, dum servus sui ipsius dominus nõ est, nec liberam seipsum alteri tradendi facultatem habet. *Covarr. de matrim. part. 2. c. 3. §. 7. n. 2.* nullum verò tale impedimentum, nec eadem ratio in deflorata virgine intervenit, quã errans habere & si velit, retinere potest. Et tantum de parte priori. Argumenta verò quæ dissolutionem svadent, hæc sunt potissima. 1. quia Deus ipse perfidiam hujuscemodi, justam dissociationis causam judicavit, & insuper quoque eam, quæ virginitatem mentiebatur, lapidibus obrui præcepit *Deut. 22. v. 21.* ad quem locum licèt *Wesenb. in par. ff. de rit. nupt. n. 8. dissentiens* respondeat: inde firmum duci non posse argumentum, cum etiam alia sint delicta morte pianda, ob quæ tamen divortium non statim concedatur: regeri tamen potest, committi ignorationem elenchi, cùm non à pœna capitali isti crimini imposita nostrates colligant, sed à comparatione adulterii, ita, quòd cũ illud perinde ac adulterium pugnet cum fide conjugali, meritò quoq; ob idem matrimonium debeat dissolvi. *Matt. 5. v. 32.* Frustra quoq; est *Bachov.* quando cũ *eod. Wesemb. ad Tr. V. 2. d. 6. th. 6. l. c.* excipit: Mosaicas leges nos nõ obligare. Quia responderi

po-

potest 1. verum id quidem esse quoad forenses & ceremoniales, quæ populo tantum Judaico peculiariter erant latæ, qualem & hanc quoad pœnam capitalē quidem esse non inficias iverim: diversum verò obtinere in moralibus, quò & hæc dispositio, si genus respicias, rectè refertur. 2. posito, quòd sit merè forensis, utique tamen exinde legislatoris justissimi voluntas, & facinoris indignitas conjicitur, adeoq; firmiter colligitur: Si pœna τῆς ἀδοκόρης in V. T. potuit extendi usq; ad mortem, nihil certè impedit, quominus in N. T. adusque matrimonii dissolutionem rectè porrigatur *Dn. Gerb. d. loc. de Conjug. §. 110.* *Secundò* pro nobis adducimus exemplum Josephi, quem Spiritus S. apud *Matt. 1. v. 19* tanquam justum commendat, quòd Mariam, quam cernebat gravidam, propter vitium, quod eidem illatum esse suspicabatur, cogitasset deserere; cuiq; angelus retentionem injungens, non ait, id sibi non licere, sed tantum, id quod ex ea natum est, ex Spiritu S. esse. Ubi rursus infirmæ sunt *Wesenb.* exceptiones, quando dicit: non exemplis sed legibus esse judicandum: & 2. nudam tantùm viri justi cogitationem ibi non factū proponi, replicari namque potest ad 1. omninò bona exempla in jure nostro attendi *arg. l. 1. §. 5. circa fin. ff. de postul. l. 39. ff. de pæn.* ad 2. cùm laudari videmus cogitationem, facilè quid de facto statuendum sit judicari posse *Dn. Ungep. Ex. 3. q. 8.* *Tertiò* sic concludo: Justa repudii ut & divortii causa est *πορνεία Matt. 5. v. 31.* sed talis fœmina commisit *πορνείαν.* Vox enim hæc generalis est & omnem illicitum coitum implicat *Eccles. 26. v. 12.* Et quod argumentum non attingit *Wesenb.* Quartò etiam hoc modo possum cum *Dn. D. Gerb. d. loc.* colligere: si filii non debent portare culpæ paternæ pœnam *Deut. 24. v. 16. Ezech. 18. v. 20.* utique nec sponsus debet delicto sponsæ prægravari, quod tamen fieret, si cum honoris grandi diminutione, ab alio gravidam retinere, partumq; alienū, qui sic obtruderetur, invitus alere cogeretur. Ad quod quidem posset excipi: eandē quoq; rationem militare pro sponsa, quæ suum sponsum ad alias descendisse comperitur, neq; tamen idem eidē jus competere. Verùm hujus dubitationis tollēdæ causâ adjeci probationi minoris, verba finalia: partumq; alienum &c. quæ diversitatis rationem

haud

haut obscurè indicant, quæ de iis in solutione contrariorum arg. 1. fusiùs agemus. Quinto ex Jure Civ. præter superiùs adductas l. 11. §. 1. de contrah. emt. & l. 11. §. 5. ff. de act. emt. duci quoque potest argumentum ex l. 3. ff. SCti. Maced. hunc in modum: Justa ignorantia nemini debet nocere, facit l. 9. pr. & § 12. ff. de J. & F. J. Sed talem ducens justam prætendit ignorantiã, siquidem nihil tam studiosè & artificiosè sciat fœmina, animal cæteroqui fallacissimum, contegere, quàm arctè ligando dissolutam zonam, & simulatâ gracilitate aut æquabili crassitie, uterũ tumidum. Et. Nunc ad argumenta Wesenbecii contraria. Non 1. movet, quod à sponsa hoc nequeat sponso objici c. si quis uxorẽ Caus. 32. q 1. Et neque ab hoc illi tot. tit. quod quisq. jur. stat. R. enim admodùm latam inter utrumq; esse differentiam, cùm vitium hoc in sexu fœmineo sit & turpius l. 1. § 7. ff. de susp. tut. & longè perniciosius, ob liberorum incertitudinem, & sangvinis confusionem, dum uxor ex alio gravida semen alienum subjicit, & familiæ (quas salvas conservari, Reipub. interest l. 1. § 13. ff. de ventr. inspic.) fœtum peregrinum inserit, quorum nullũ in viro est metuẽdũ, quippe cujus antegressa fornicatio matrimonium ipsum non ingreditur, sed præcessit. Ad hæc cuivis obvium est ex Deuter. 24. & l. 2. §. pen. ff. ad L. Jul. de adult. junct. l. 1. C. eod. multo semper plus viro quam uxori licuisse. Quapropter à diversis ad idem malè colligitur l. 12. § 1 ff. de acquir. poss. l. fin. C. de Colum. l. 20. pr. ff. de minor. Parum quoque stringit, quod ob vitia animi, cujusmodi sunt infidelitas, prodigalitas, quæ longè sunt majora, quam labes corporis, matrimonium non irritetur. R. n. rursus maximè disparem utrobique esse rationẽ, cùm animi vitia quidem in se spectata sint graviora adulterio, & quæ huic æquiparatur, simulatæ virginitati; non autem respectu conjugii, cum quo corporis hæc vitia magis pugnare, & duriorem pœnam requirere cuivis naturalis ratio dictitat. vid. Matth. 5. & c. 19. nihil insuper obest, quod quisque gnarus esse debeat conditionis illius, cum quo contrahit l. 19. ff. de R. J. R. n. verum id quidem esse, nisi justissima ignorãtiæ causa uti hic, intercesserit, quemadmodum Cagnol. Dec. & Dd. communiter d. l. 19. limitant. non præterea obest, quòd tacita non debeant plus operari, quam expressa, ac propterea quia conditio illa: si virginem

nem te reperero, rejicitur tanquam turpis, multo magis ea non adjecta non attendetur. R. n. 1. majorem esse particularem, *arg. l. 52. ff. de condit. & demonst. & l. 195. ff. de R. J.* 2. Ideò istam conditionem non admitti, quia 1. turpis est, dum mulier quæ pro virgine se gerit, contra jus mala, & cui flos virginalis decussus sit, præsumeretur. 2. quia scandalosa, dũ viris conviciandi mulieres potestas laxaretur *Dn. D. Georg. König Professor Altorffinus primarius, Fautor ac Promotor meus reverenter colendus vindic. Theol. loc. 36.* minus *movet l. 13. §. ult. ff. ad L. Jul. de adult.* V quia loquitur de sponso sciente: ignorans autem quî potest dici approbasse *l. 116. ff. de R. J.* ejusdem momenti est *l. 3. ff. de offic. prætor.* quia ibid. utilitas publica, ne cum plurimorum injuria, acta rescindantur, militat: hic autem nullius vertitur injuria, nisi sontes plecti, & deceptis succurri, injuriosum quis velit appellitare. *non* denique *resistit*, quam obtendunt incommodorũ VI consecutio, quasi hac ratione, bene concordantia matrimonia disturbarentur, & delicta arcana detegerentur. R. enim nec nos velle, si reconciliationi locus est, quòd conjugium sit necessario distrahendum, sed solùm, ubi nulla reconciliationis spes refulgeat, quòd tum ad exemplum, ut aliæ deterreãtur à simili delicto, *l. 8. §. 3. C. de heret.* justè talis puniatur, cùm Reipubl. intersit ne delicta maneant impunita *l. 14. C. de pœn.* Tandem VII non etiam movet, quod durum sit mulierem adstringi ad fatendam propriam turpitudinem *Bach. d. loc. circa fin.* R. n. nullam esse consequentiam, quoniam 1. hoc modo nec in adulterio deprehensa mulier, ad extorquendam delicti confessionem torturæ posset subjici. 2. imò non turpe sibi ducat mulier fateri id, quod facere turpe non existimavit. Postremò non adversatur VIII autoritas Canonum, qui videntur hanc conjunctionem probare *c. 1. Caus. 29. q. 1. & c. 25. extr. de jurejur.* Quia resp. cum *Maufer. ad §. sunt & aliæ. I. h. t. vers. sed quod text.* videri Pontificem hoc ex ignorantia Juris Civ. statuere, dũ arbitrabatur, propterea rescissioni locum faciendum non esse, quia nec redhiberi possit talis emta mulier: cùm tamen sic non colligat jus nostrũ Civile, sed ita potius: quia talis emtio ipso jure subsistit ideo redhibitio non admittitur *d. l. 11. §. 1. ff. de contrahend. emt.* sed verò superest actio ad eandem rescindendam *d. l. 11. §. 5. ff. de act. emt.*

Aph. 54. Quis & qualis sit metus reverentialis, cuivis, ut arbitror, vel ex ipso nomine erit obvium, quippe quod talem infert, quo quis ex reverentia parentibus debita, vel monentibus hisce ad matrimonium ineundum inducitur: vel ubi jam à nuptiis quidem non est alienus, aliam tamen, quàm quæ suis oculis jã placebat, autoritate paterna & persvasionibus ducere invitatur, quò cum communi Dd. schola, refero *l. 22. ff. de rit. nupt.* ibiq; coactionem interpretor eam, quæ nec vi, nec minis atrocioribus, sed svasu & exhortatione, verecundiâ insuper voluntatem filii immutante facta est *Cujac. 16. Obs 40.* licèt dissentiat *Anton. Fab. 1. Jur. Papin. t. 9. pr. 4. illat. 1.* qui tradit, quando filius non abhorret quidem à re uxoria, velit tamen aliam ducere, quam quæ patri placet, tùm omninò ad hujus, quam pater elegit, nuptias filiũ adigi posse, & consequẽter hoc in casu coactionem, quocunq; modo fieri possit, patri concessam esse. Cùm iste nõ animadvertat, ex hac ipsius explicatione id ipsum, quod ceu falsum in aliis redargnit necessariò fluere, nimirum, filium ad matrimonium contrahendum à patre cogi posse: quod tamen lex præcedens 21. prorsus improbat, eique adsentiuntur ll. aliæ plurimæ puta *l. 2. & l. 19. ff. de sponsal. l. 11. & l. 13 ff. de rit. nupt.* quibus omnib. indefinitè & generaliter liber & ab omni omninò violentia longissimè remotus contrahentium consensus exigitur; ut proinde perperam ad casus saltem quosdam speciales, jam dd. ll. generales idem restrictas cupiat contra *l. 1. §. 2. ff. quæ in fraud. cred. & l. 9. §. 1. ff. quod met. causa.* Illud etiam, quod modò de reverentiali metu consensu non impediente dixi, non infringit ratio *Vasquii h. allegato c. 35.* quòd cùm hodiè non ita facilè per repudii interventum matrimonia solvantur, quemadmodum Jure ff. sicque nunc longè durius & gravius nocumentum talis metus inducat quam olim, meritò idem in eo hodie non procedat: R. *n.* committi elenchum causæ, cùm non propterea de metu reverẽtiali taliter leges nostræ disposuerint, quia crebriora erant tum temporis repudia: sed quia æquum videbatur, in matrimonio tanquam negotio perarduo, ac nec minus honesto, parentum tanquam seniorum & prudentiorum autoritati propter innatam liberis quàm optimè consulendi propensionem *l. pen. §. 3. ff. de bon. liber.* voluntatem juniorum ce-

cedere. *Adde Beust. de matrim. part. 2. c. 44. Schneid. ad tit. de nupt. part. 2. n. 28 Arnis. de Jur. Connub. c 3 sect. 9. n. 26. & seqq. Iust. Majer. in Colleg. Argentorat. lib. 23 tit. 2. th. 20.*

aph. 55. ipso jure] Non quidem ut existimat *Bach. ad Tr. d. D. 6. th. 5 l. d.* quoniam in matrimonio restitutionis beneficium & rescissio locum non habet, cùm hoc ipsum sit χειμόμενον, inde decidendum, quod ab initio adsit aliqua de Jure summo obligatio firma vel non; prout posterius hoc inde probamus, quia in hoc differt à contractibus matrimonium, quòd in illis qualiscunque etiam metu coacta voluntas sit voluntas ad producẽdam obligationem efficax *l. 21. §. 4. ff. quod met. caus.* in matrimonio autẽ voluntas requiratur plane liberrima, & omni prorsus vi, metuve carens *l. ult. in fin. C. de sponsal.* quemadmodum videmus nec ex dotis promissione metu facta ullam nasci obligationem, quia verissimum est nec talem promissionem dotis ullam esse *d. l. 21. §. 3. Beust. d. tr. part. 2. c. 44 Mozz. de matrim. col. 3. n. 4.*

aph. 56. Antequam ad confirmationem *hujus aph.* descendã, quædam vitandæ otiosæ reiterationis studio, & quæ evidentiorem præstent intellectum, præmonenda sunt 1. Cùm pro diversitate jurium diversimodæ ex singulis juribus oriantur obligationes, quæ rursus non uniformes habent annexas necessitates, sive vincula, prout hoc curatè tradit *Dn. Riemer. Dec. 9. q. 2.* nos hîc necessitatem non intelligimus vel conscientiæ aut honestatis, sed coactionis, & quæ pœnam nuptiarum inutilium habeat annexam; 2. Cum jus divinum & naturale consideretur vel absolutè, & quà in se quodque spectatur: vel relativè, quatenus à Jure Romano comprobatum & aliquo effectu munitum est: hîc non de approbato jure naturæ aut divino quærimus, quippe quæ per approbationem hunc effectum cum Jure Civ. cujus pars sunt, habent communem: Sed de Jure divino & naturali absoluto. 3. Disputamus hîc juxta illud seculũ, quò patriæ potestatis Romanæ in liberos, jura adhuc erant illibata. Proinde quæstionem ita formo; an consensus parentis ex Jure divino morali ut & naturali absoluto, ita in matrimonio à Cive Romano contrahendo sit necessarius, ut omis-

Nulla sen- tentia [illegible] falsa est [illegible] limitatione atq ad [illegible] redu[illegible]one proba[illegible] fieri posset.

ſę nuptias ipſo jure nullas,&liberos illegitimos reddat?
Id quod meritò negandum puto 1. Quia ratio prohibitionis, ne parentis conſenſus negligatur, ex ſolo pendet Jure patriæ poteſtatis legib. civilibus informatæ, dum videl. liberi in ſacris poſiti ita nihil prorſ' habẽt propriũ, ſed omnia protinus patri ad propriant, ut nec verã ſui ipſius libertatẽ poſſideãt *arg. l. 8. ff. de probat. l. un. C. de ingrat. liber.* ac conſequenter nec alii ſe tradendo quicquam agere videantur: meritò igitur quoq; pœna neglecti conſenſus in ſui quali quali traditione, Juri potiùs Civili, quàm naturali adſcribitur: cùm jure naturali & divino liberi ſuo quoque arbitrio de ſe ſtatuere poſſint. 2. Hinc quoque evidens eſt, nullitatem hujus actus ex ſolo Jure Civili pendere, quia per emancipationem ſaltim removetur obſtaculum patriæ poteſtatis, quâ eſt Juris Civ. ſalvo relicto jure quod naturâ parentibus in liberos competit *arg. l. 8. ff. de capit. minut.* Atqui emancipatus filius etiamſi legi illi generali: honora patrem & matrem, &c. ſubjaceat, ſine tamen conſenſu & voluntate patris matrimonium legitimè contrahit *l. 25. ff. de rit. nupt. l. 3. §. 5. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* ubi ſvavis admodùm eſt *Tr. d. D. 6. th. 5. l. c.* dum rationem hujus non eſſe tradit ſublatam poteſtatem patriam, ſed præſumtum patris cùm emanciparet, conſenſum in nuptias filii quandocunq; futuras: cùm ſi id eo modo ſe haberet, nec filius emancipatus ignominioſam uxorem ducendo, patris conſenſum expectare cogeretur, quòd tamen vult Ulp. *in d. l. 3. §. 5.* nec invito patre unquã nuptias cum honeſta poſſet contrahere contra *l. 20. C. de nupt.* 3. Noſtrâ ſententia quoque non infirmiter probatur *ex l. 16. §. 1. de rit. nupt.* ubi nepti nubẽti ſufficit avi conſenſum adhibuiſſe etiam vivente patre, eam ob cauſam, quia pater tanquam filius, ipſe adhuc eſt in poteſtate, nec conſequenter alium in poteſtate habere poteſt *l. 21. ff. ad L. Jul. de adult.* quæ ratio ſanè eſt merè civilis, cùm ex jure naturæ aut gentium neptis quoq; in filii ceu patris poteſtate ſit conſtituta. Quapropter licèt adſit jq & ratio naturalis, modò abfuerit civilis impediens, parenti cõſenſus benè poteſt negligi, ad hoc ne nuptiæ illegitimæ reddantur. 4. Ita cũ *Bach. ad Tr. d. loc. ex d. l. 3. §. 5. de bon. poſſ. cont. tabb.* colligo: Quod Prætor approbat, id Jus naturæ aut gent. non offendit: ratio, quia Prætor potiſſimùm

mùm rationem & æquitatem naturalem sequitur *l.7.§.1.ff. de J. & J.l.1.pr.ff. de Collat.* At verò nuptias ab emancipato filio patris consensu non requisito, contractas adprobat, eo nimirũ ipso, dum *in d. § 5.* nepoti ab intestato & contra tabb. bonorum possessionem concedit. Er. 5. Ita infert *D. Franzk.* Si ex veriori sententia, de qua infra *Diss seq. aph. 24.* emancipatio hodiè capite nõ minuit, atq; ita exigua inter liberos potestati suppositos & emancipatos superest differentia: aut emancipati quoq; cõsensu patris opus habebunt ad evitandam nullitatem: aut etiã in sacris adhuc constitutorum nuptias ob non adhibitum consensum nullas non effici, fatendum erit. 6. Si de Jure naturæ æquè ac civili consensus parentum est necessarius, utique etiam ob matris spretum consensum matrimoniũ erit nullum: ratio consequentiæ est, quia ex Jure naturæ æqualis honor & reverẽtia utriq; parẽti debetur *l.4.ff. de Curat. furios. l.6.ff. de in jus voc.* posterius v. de Jure Civ. est falsum & absurdũ *infr. aph. 58* E. etiã prius. In contrariam igitur sententiam qui abeunt, aut non rectè statum controversiæ formant, aut informibus suis argumẽtis eundem subinde immutant. Sed videamus eorum argumẽta, quæ utplurimùm ex Jure divino afferunt & desumũt 1. à primæva conjugii institutione, ubi non suo arbitrio Adam sibi sponsam elegit, sed eandem à Deo accepit, quæ norma & forma censeri debeat, juxta quam legitima conjugia instituantur. 2. à divina jussione tùm gẽerali, quæ proponitur in præcepto quarto *Exod. 20. v. 12.* tùm speciali, quæ habetur *Exod. 34. v. 16. Deut. 7. v. 3.* 3. ab exemplorum probatorum adductione, quæ demõstrant, non liberos sibi ipsis, sed parentes liberis uxores accepisse, cujusmodi sunt Hagaris *Gen. 21. v. 21.* Abrahami *Gen. 24. v. 3.* & id genus alia. Verùm enim verò ad isthæc omnia respondeo non quidem cum *Bellarm. de matrim. c. 2.* aut *Gœbaus. part. 3. peric. Acad. 6. q. 36.* variè circa singula membra distingvendo: sed tantùm simpliciter, quòd vera quidem sint, & necessitatem in conscientiis obligantem, vel etiam coactivam Politicam inducere possint in ista Rep. quæ jus divinum tanquam normam in contrahendis matrimoniis observari præcipit, eaque conjugia nulla pronunciat, in quibus jus divinum nõ custoditum fuerit: at verò longè aliter in Rep. Romana observari, & ex solo Jure

Civili validitatem aut nullitatem nuptiarum æstimari jam ex superioribus satis liquidò constat. Etenim cùm Jus divinum & naturale in quavis Rep. non aliter vim quandam obligandi coactivam politicam habeant, nisi quatenus à legislatore eandem habere jubentur, prout hoc nervosè & solidè deducit & probat *Dn. Riem. tr. de Contract. D. 1. c. 2. §. 9. n 24. & multis seqq.* & verò hactenus à Legislatore Romano non fuerint ista jura probata, ut secundùm ea nuptiæ legitimæ aut illegitimæ judicarentur. Idcirco à vero non aberrat qui statuit, in Rep. Romana parentũ consensum jure naturali & divino de necessitate non requiri. Nam licèt adducant *pr. I. h. t.* ibi: *naturalis ratio*, & dicant, imò hactenus jus naturæ à Civili probatum videri, dum utrumque jam d. loco conjungitur: responderi tamen variè potest vel 1. cum Bachov. *ex Costano*, dicendo: isthæc duo potiùs disjungi quam copulari, cùm ratio naturalis tantùm dicatur id svadere, in quo Civilis, si contra factum fuerit, insuper disponit, ut matrimonium ita contractum sit nullum §. *12. I. d. t.* vel 2. cum eod. *Costano*, ideò dici, naturalem rationem id svadere, quia ipsa Juris Civ. dispositio, quæ ita rigorosè patris consensum exigit, æquitatis naturam sapit: quemadmodum pari ratione solutio quoque naturalis *l. pen. ff. de solut.* & condictio naturalis *l. 15. ff. de condict. indeb.* appellatur. vel 3. licèt utramq; rationem conjungat Imp. non tamen utrique eundem effectum tributũ esse, propterea quòd *in seqq.* ob solam spretam potestatem patriam qualificatam, juri naturæ incognitam, nuptias esse nullas velit. *Denique* non *resistit*, quòd etiam Jure Gent. liberi sint in potestate, R. maximè sed in ea, quæ Aristoteli dicitur regia *1. Polit. 8.* nec libertatem consensus *arg. l. 39. ff. de O. & A.* nec de se pro arbitrio statuendi facultatem adimit, quod tamen facit potestas civilis, quæ quoad effectus quosdam singulares veluti substituendi, vendendi & occidendi, liberos omni quodammodo voluntate privat. Ita pro hac sententia pugnant *Ant. Guib. Costan. in lib. quæst. Jur. c. 12. Dn. Franz. Ex. 2. q. 3. Dn. Riem. D. 2. q. 4. Dn. Ungep. Ex. 3. q. 5. Bachov. ad Tr. d. D. 6. th. 5. l. c. Wes. ad pr. I. h. t. n. 7.* Unum restat monendum cum Dn. Franzkio: quòd cùm potestatis illius patriæ pristinæ, cujus intuitu pœna nullitatis sine patris consensu nuptiis cõtractis erat præstituta, hodiè vix um-

bra

bra superſit, & ubiq; locorum orbis Chriſtiani Jus divinum potiſſimùm ſpectetur, non abſurdè quis contrariam ſententiam noſtra ætate propugnare valeat.

aph. 57. Licèt *Harprecht. ad pr. I. h. t. n. 93.* ſatis procaciter, & ſalsè rideat ac perſtringat Bellarminum hujus Canoniſtarum ſententiæ communis defenſorem, & ex eadem inconvenientia plurima eliciat *Hillig. ad Don. 13. Com. c. 20. l. Q in fi.* iſtis tamen, cùm hic non quam benè vel malè, ſanctè vel impiè, ſed ſolùm anne ita conſtitutum de Jure Canonico demonſtrari queat, disquiratur, nihilo magis adducor, ut latũ ungvem recedendũ putem ab hac Autoris & communi ſententia affirmativa, quam ſic defendi poſſe arbitror. Notum erit, ut opinor, Pontifices Romanos ad exemplum, vel potiùs æmulationem ſacratiſſimi noſtri Juſtiniani, jus ſuum quod vocant Canonicum cõpilaſſe, & conſtipaſſe, & ut ille in Pandectas vetera JCtorum reſponſa: in Codicem non niſi Impp. reſcripta: in Novellas à ſe poſtremo emiſſas conſtitutiones, digeſſit, collegit, atq; rejecit: Ita & planè ſimiliter Pontifices quædam Pontificum placita & ſanctorum patrum decreta in unum librum, qui de hinc κατ᾽ ἐξοχὴν decretum nuncupatur, collegiſſe: iisq; poſteà ſex alios libros, refertos epiſtolis Pontificum ad Epiſcopos, Collegia, capitula, &c. qui Decretales vocantur, adjeciſſe. & deniq; Novellis Juſtinianéis reſpondere feciſſe quasdam Decretalibus annexas epiſtolas Papales, à Compilatore Clemente, Clementinas dictas. Quemadmodum igitur Jus omne Civile autoritatem ſuã habet & mutuatur ab Imp. ita ut ſi legibus anterioribus quippiã contrarium in recentioribus ſtatutum & deciſum reperiatur, id pro jure noviſſimo cuſtodiendum non dubitetur *l. 4. C. de Conſt. Princ.* Ita quoq; idem præſuppoſitâ ex mente Canoniſtarum, Pontificali ſummâ authoritate, de Jure Canonico rectè quis dixerit, videl. in eo, quod poſtremo loco ſancitũ apparet, tanquam Jus noviſſimum eſſe tenendum. At verò negari haut poteſt 1. Concilium Tridentinum à Pontifice fuiſſe indictum, & multo poſt evulgatos libros Canonicos tempore collectum ac celebratum. & 2. in eodem expreſsè hoc definitum, ut anathemate feriatur is, qui ſtatuere velit, matrimonia à filiisfam. ſine parentum cõſenſu contracta eſſe irrita, & parentes eadem rata

ma-

vel irrita facere posse. Quid igitur prohibet, quo minus oĉ jus antiquum & Canones veteres, qui huic sententiæ solent obponi, per hoc jus recentius destructos & abolitos dicamus, adeoque in iis variè detorquendis & explicandis parum desudemus. Qui tamen volunt, possunt pro utraque opinione pugnantes inspicere *Duar. de nupt. c. 2. Conf. 1. Miscell. c. 17. Paleott. de spur. c. 8. Harprecht. d. loc. Dn. D. Gerbard. loc. de Conjug. p. 68. Dn. Arum. Exerc. Inst. 2. th. 9. Dn. Riem. Dec. 2. q. 4. Dn. Ungep. Ex 3. q. 5. Gæbauf. part. 3. par. 6. q. 35. Ant. Fab. l. 9. pr. 4. & qui ab his sine numero laudantur.*

aph. 58. Id quod de matris & Curatorum hîc dicitur consensu, satis comprobatur ex iis, quæ supr. ad *aph. 56.* de potestate patria disserui; quibus accedit, quod nec altera isti succedanea ratio: ne invito heres suus agnoscatur *l. 6. ff. de adopt. §. 7. I. eod.* vel in matre, vel Curatoribus locum inveniat. Nec multum negotii facessit *l. 1. & l. 20. C. de nupt.* ubi matris quoque & propinquorum voluntas requiri dicitur: facilè namq; patet, istas ll. de casu planè speciali, nimirum filia minore 25. annis, quæ patre orbata in connubium petitur, loqui; & velle, tum demum ob lubricum consilii, quia sine labore isthæc posset decipi, necessariò propinquorum consensu opus esse: sicut ob eundem metum nec emâcipata filia isthâc necessitate solvitur *l. 18. C. d. t.* adeoque vel hinc manifestum evadat: regulam alioquin esse in contrarium *arg. l. 12. §. 43. ff. de instr. & instr. leg. l. 18. ff. de testib.* Frustra quoq; affertur *l. un. §. 1. in fi. C. de raptor.* quà dicitur, à parentibus & aliis quos decet, petendam esse uxorem. Quia verba ista solùm clandestinæ desponsationi aut violentæ abductioni opponuntur, & legitimè filias à parentibus petendas esse volunt: & 2. commodè illa verba *(quos decet)* de casu superiori speciali, & filia patre orbata exaudiri possunt *Cujac. 13. observ. 5.* Ultimò nec generale parentum nomen in *Nov. 115. c. 3. §. 11.* quicquam movet, quia utut aliàs ista vox etiam matrem complectatur *l. 51. ff. de V. S.* hîc tamen idem admitti nequit, ubi ad eos solùm, qui in potestate liberos habent, textus nostri juris ubique restringuntur, ut docebit *supr. aph. 56.*

eod. aph. Cui consequens] Etenim si talis conjunctio est ipso Jure nulla, quod ostendit non modò hîc adducta *l. 11. ff. de stat. hom.*

hom. verùm etiam *l. 5. C. de ll. l. 14. §. fin. C. de SS. Eccl. § 12 I. h. t. & l. 68. ff. de Jur. dot.* ubi expressè dicitur: quod lege prohibetur fit, pro infecto esse habendum, & *l. 43. §. 6. ff. ad L. Jul. de adult.* quæ negat fuisse uxorem, sed cum ea adulterium commissum asserit, cujus conjunctioni posteà pater consensit: & ratio longè firmissima: quòd si deficiente aliquo formali, quale supra cōsensum paternū adstruxi, res nulla potis est subsistere: utiq; rem prorsus nullam non obfirmabit, aut defectum alicujus essentialis supplebit actus per se illicitus: cùm sit absurdū, vitiosum unū per aliud æquè vitiosum posse purgari: *quin imò* si nec juramētum, quod est vinculum religiosum, actum contra ll. gestū potest confirmare *d. l. 5. C. de ll.* quanto minus poterit copula carnalis, ceu res per se illicita. *Præterea* nonne hoc modo, quod nunquā fieri debere contendit Ulp. *in l. 2. pr. ff. de delict. priv.* plura delicta concurrentia facerent, ut alterius impunitas daretur? nōne parata esset via eludendi & circumscribendi leges, sicubi sponsalibus clandestinis de futuro, concubitus de præsenti accederet, ut meritò huc referam illud *l. 21. § 1. ff. de tut. & Cur. dat.* brocardicum: quod una via est prohibitū, alia permissū cēseri nō debet. Quare ut finiā rationes probatorias, ita cum Bellarm. *c. 19. de matr.* argumentor: matrimonium tale aut jure consummatū est, aut non: Si jure. E. etiam jure cōtractum fuit; ratio, quia quod ipso jure nullum est, jure consummari hautquaquā potest: Sin injuria E. quod non jure factū est, effectum tanti momenti habere nec potest, nec debet. Hanc sententiā tuentur *Alb. Gent. 4. de nupt. c. 7. Don. 17. Com c. 20. Duaren. de solut. matrim. c. de nupt. n. 2. circ. fin. Bach. ad Tr. d. D. 6. th 5. l. c. ibi: sed an citra. Dn. Ungep. Ex. 3. q. 6. in Neg. Gœbaus. part. 1. per. 7 q. 37.* quā impugnant *Coras. 1. Miscell. 17. Bronch. Cent. 3. ass. 1. Harpr. ad pr. I. h. t. n. 119. cum multis ibi allegatis*, sed argumentis parū robustis: nam 1. ad locum istum Pauli, quē Autor quoq; adducit, variè potest responderi, *vel*, quòd illius Pauli contra jus nostrū nulla sit authoritas *l. 2. § 19. C. de V. J. E. vel* quod idē locus appareat interpolatus, dum is ipse Paulus *in l. 11. ff. de stat. hom.* huic è diametro contrariū statuit: *vel* deniq; quòd eò pertineat, quādo legitimè contractis nuptiis pater quidem consensit, sed in eod, voluntate perseverare nolit *arg. l. 5, C. de repud. l. 1. §. ult. ff.*

O de

de lib. exhib. cujus ratio dubitandi potest desumi ex *l. pen. C. de nupt.* & ex regula *l. pen. §. ult. ff. de V. O.* Alterũ argumentũ, quod cum *Deciano ad c. 2. n. 11. & 12. de test. b. ex l. 38. §. 17. ff. de V. O.* ita formant: *Si pœna cuidam prohibitioni adjicitur, tunc actus contra prohibitionem factus, ipse subsistit, licèt pœna committatur:* seipsum destruit, cùm si pœnam hoc in casu, quæ est nuptiarum nullitas §. 12. *I. b. t.* cõmitti fatentur, simul quoq; actum ipsum nuptiarũ nullum esse, necessariò fateri cogantur. Parũ quoq; roboris habet quã *Wes. in par. ff. b. t. n. 8.* adducit *l. 1. §. 11. ff. de lib. exb.* ubi Ulpi. dicit: *benè concordantia matrimonia liberis præsertim subnixa, nõ decere jure patriæ potestatis turbari.* Cùm appareat ibid. Jctũ præsupponere filiam ritè nuptam, & matrimoniũ benè concordãs; alioquin enim à genero pater conveniri haud potuisset, *arg. l. 18. §. 1. ff. de furt.* hîc verò nullum unquam matrimonium extiterit, quod ulla solutione indigeret *arg. l. 4. C. de repud.* nec offendat quenquam, quòd si ibid. validum fuisset matrimonium pater filiam abducere non potuisset *arg. l. 1. ff. de pact. l. 8. ff. de neg. gest.* quia id ipsum ex summo patriæ potestatis jure maximè parenti licuisse, verba *d. l.* finalia: *ut persvadeatur* (en non cogatur) *ne acerbè patriam potestatem exerceat;* satis abundè probãt. *nec potest* urgeri, quòd interesse hîc mulieris devirginatæ versetur, quam viro & honore privari perquam durum sit & injuriosum *Beust. de matrim. part. 2. c. 47.* R. *n. 1.* duritiem hîc nullam esse, cùm potior parentũ sit habenda ratio, quam personæ ludibrio habitæ, quæ jus transgressa volens decepta est. *Henning. Renem. Jpr. Just. Disp. 8. th. 51.* 2. etiamsi maximè aliqua adesset durities ea tamen injusta non foret, cùm legibus sit propositum coitus nefarios pœnis corrigere, non præmiis honorare *Nov. 143. circ. fin.* Sed nec 3. injuriosum est propterea, quòd Juris executio injuriam non habet *l. 13. §. 1. ff. de injur.* nec qui suo jure utitur injuriam facere creditur *l. 55. ff. de R. J.* Ad textus juris Canonici, qui pro contraria solent adferri, nihil nunc attinet dicere, quoniam juxta notata *ad aph. preced.* secũdùm illud Jus novissimũ, matrimonium etiam citra patris consensum potest contrahi, ac propterea dubium nullum sit, quin accedente præterea cõsummatione, matrimonium ritè contractum, non tam infirmari, quàm potiùs confirmari debeat. Neque verò sine causa in calce

hu-

hujus *aph.* subjungit Autor, quod ex causa tale matrimonium confirmari possit: quia si deflorata antea proba, pudica, & benè morata fuisset, atque ita pater graves contradicendi rationes nō haberet: vel si ipse sæpius rogatus conditionē noluisset quærere, æquissimum tum sanè fuerit, patrem ad præstandum consensum haut difficulter adduci, quin etiam compelli debere *arg. l. 19. ff. de rit. nupt.*

aph. 59. Quod de ratihabitione hic asseritur, videtur ad eum tantùm casum restringēdum, quando nuptiis filii pater ab initio quidem reluctatus est, atq; sic easdē illicitas reddidit: verùm tamē posteà vel cōmiseratione natorū, vel amicorū persvasione inducitur, ut ratas & firmas easdem haberet: quòd sc. tum hæc ipsius ratihabitio ad principium nuptiarū retro trahi nequeat. Nam de casu jam proposito autorem exaudiendū esse ita *ex l. 5. C. de nupt. & l. 7. § 1. ff. de sponsal.* ubi cōsensus parētum etiā tacitus, & si apparuerit eos nō contradixisse, dicitur sufficere ad nuptias liberorum legitimè cōtrahendas: colligendo demonstro: Eæ demū nuptiæ sunt nullæ, nec possunt validari accedente ex post facto consensu, quib. apparet, parentes ab initio contradixisse: sed eo solùm casu quando pater expresè reluctatur, apparet ejus noluntas, nō a. quando fortè contrahi ignorat: Et etiā illo tātùm casu cōfirmari posse rectè negatur. *Minorem* sic probo: Pater vel præsupponitur scire nuptias à filio cōtrahi, vel ignorare. Si scit tum vel expresè cōsētit, vel nō cōtradicit: utroq; modo justæ sunt nuptiæ: *c. qui tacit. de R. J. in 6.* Sin ignorat, ignoratur quoq; an cōsensurus sit nec ne: utrūq; tamen ex ipsius arbitrio dependet. Idcircò pēdent etiā interim istæ nuptiæ, ut & dispositio juris, quæ vel easdē firmas vel nullas declaret, prout videl. pater vel annuerit, vel renuerit. Accedente igitur patris assensu, & ratis illis nuptiis habitis, jā demū cognoscitur patrē non contradicere, sed probare à filio quæsitā uxorē. Ideoq; etiā nec anteà noluisse pater dici poterit, nec liberi ab initio matrimōii nati illegitimi fuerint: *arg. l. 12 § 3 ff. de capt. & post. rev.* & per cōsequēs in tali matrimōio, quod ignorāte patre est cōtractum, ut in aliis actib. per se nōnullis locū meritò invēiet ratihabitio *arg. l. 60. ff. de R. J. & l. 18 ff. de mandat.* Aliud a. dicendū videtur, si parens ab initio statim nuptiis filii se opposuerit, licèt postmo-

dùm ex rationib. sup. dictis ad easd. probādas inducatur: nimirum istas quidē ratas haberi posse, sed justas tātùm ex tempore, quo voluntas paterna accessit, effici, propterea, quòd act9 ipse jā ab initio ipso jure null9 per ratihabitionē subsequētē purgari nequeat. *Br. in l. quod observare ff. de offic. proconf. Philip. Dec. ad l. 60. n. 16 ff. de R. J.* quaten9 Dd. argumēta, quib. in nuptiis ratihabitioni locū denegāt, optimè possūt admitti; non a. modo priori: *cui nihil quicquā obest*, quòd cōsens9 ceu formale quoddā nuptiarū exigatur, adeoq; præcedere debeat: quia ut ex jam præmissis liquet, etiā nostro casu patris cōsensus nuptias antecedit si nō verè, tamē fictè, dū nuptiæ nō priùs esse vel nō esse intelligūtur, quàm ubi pater volūtatē suā declaraverit, quo facto & nuptiis probatis, jam quasi tacitè facto filii ab initio annuisse fingitur. At verò quod etiam altero casu, quo de patris constat dissensu, ratihabitio ad initium actus non retrotrahatur, apertè probāt, *tùm* ll. admodùm perspicuæ veluti *l. 11. ff. de stat. hō.* (quæ nostris sup. de ignorante patre dictis, ideò non adversatur, quia ibid. avus, nondū expressâ voluntate mortuus est, & sic pendētes nuptias mors superveniēs, avi volūtatē intercipiēdo, nullas reddidit) item *l. 65. ff. de rit. nupt. l. 13. §. 6. ff. ad L. Jul. de adult. l. 15. pr. ff. de his qui not. infam. l. 6. C. de nupt. tùm* quoq; ratio hæc solidissima: quod ratihabitio nusquā inter modos legitimandi relata inveniatur, quib. tamē eādē dissentientiū cohors vi suorum argumētorū necessariò adscribere videtur. Proinde nihil obstāt *l. fin. pr. C. ad SCt. Maced. l. 68. ff. de R. J. & l. 56. de Jud.* ubi generalis isthæc habetur regula: ratihabitio æquiparatur mandato, & retrotrahitur ad principiū actus. Quia 1. inibi tantùm natura & effectus ratihabitionis describitur, non a. causæ designātur, in quib. ista locū habeat. Idcircò necesse est ut prius dissentientes evincāt, in nuptiis ratihabitioni locū esse, quàm adstruant, eandē ad act9 initiū retrotrahi. 2. & jā sup. memini, istā reg. procedere in actib9, qui ō statim ab initio sunt nulli, sed interim pēdere possunt, donec cōsensus accesserit, cujòmodi sunt 9tractus & nuptiæ à filio patre ignorāte contractæ, ō a. eo invito initæ, quippe quæ statim ab initio nullæ prorsus sunt *§. 12. J. h. t. sup. aph. prec.* Nihil quoq; partē adversā *juvat*, quod liberi ex cōcubina suscepti per subsequēs matrimoniū legitimētur *§. ult.*

J.

J.h t. l.10. C. de nat. lib. Nov. 89. c.11. quia ut inquit *Accurs. ad d.l.11 ff. de stat. hom.* maxima inter istas est differitas, quādoquidē cōcubinatus jure licitus & permissꝰ *l.3. & 1.1. ff. & C. de concub. sup. aph. 21. ibi: novissimo.* matrimonium autem injussu parentū contractū est illicitū & prohibitū, ut mirū non sit, ex concubina susceptorū, quā ex illicita conjunctione natorū legitimationé facilius admitti. Reliqua quæ hic moveri solent, discussa & enervata exhibent *Dn. Arum. Ex. Inst. 2. th. 10. Ant. Fab. Jpr. Pap. tit. 9. pr. 4. ill. 10. Alber. Gent. lib. 4. de nupt. c. 3. Harpr. ad h. t. pr. n. 111. Gæbaus. part. 3. peric. 7. q. 38.*

aph. 61. Videtur hic Autor in pr. tacitè quodammodo & tectè perstringere *Treutlerū*, qui *V. 2. d. 7. th. 2. l. G.* mentis suæ perspicacitati, & judicii acrimōiæ adceptū refert, quòd novè statuat, & sibi persvasū habeat: patré de Jure Civ. ad dotādā filiā absq; suo consensu nubentē cogi non posse: cùm tamē id ipsum, ut benè animadvertit *Bach. ibid.* vel dupondius aliquis, & is qui è limine tantùm Jprudentiā nostrā salutavit, etiāsi nasum Rhinocerotis non habuerit, facilè adorari & notissimum ex *§. 12. J. h. t. junct. l. 3. ff. de Jur. dot. l. 129. §. 1. ff. de R. J. & notis sup. ad aph. 58.* habere possit. Vehemēter igitur mirari subit, dum rimari nō licet, quid in mentē venerit *Anton. Merendæ*, quando *lib. 2. Cōtrov. Jur. Civ. c. 12.* hāc ipsam quæstionē ceu graviter distortā proponere, & in utrāq; partē accuratè, (si Diis Homericis placet,) discutere non ambigit, imò ob novā quasi machinā sentētiæ cōtrariæ convellēdæ repertā mirificè sibi placere, & superbè gloriari nō erubescit, cùm de ea tamē ceu in vulgꝰ notissima, nemo hodiè saniorū unquā dubitaverit, nec allegatam *l. 7. C. de nupt.* ignoraverit. Rectius v. & melius facit *Autor* noster, dum misso Jure Civ. quō res est expedita satis, tātùm quoad Jus Canon. circa prædictam quæstionē dubitationē movet, & quid. propterea, quia eo Jure nuptiæ filiarū, etiā citra parentis consensum cōtractæ ratæ sunt & firmæ: unde sic inferri poterit. Ubi nulla est culpa, ibi neque pœna esse debet. *l. 11. ff. de pœn.* Sed dū filia sine cōsensu patris nubit, utitur facultate à Jure Pontificio data, & culpā nō admittit. E. neq; poterit puniri dote denegata. Quare si filia non potest dote privari, jā ad genuinam dotis naturā recurritur: cujus cùm causa finalis perhibetur à ll. ut hoc bēeficio & adminiculo fœ-

minæ faciliùs maritos inveniant *l. 1. ff. solut. mat. l. 2. ff. de Jur. dot. l. 18 ff. de reb. auth. jud poss. l. 19 ff. de rit. nupt.* ita concluditur: aut filia absq; consensu patris, nullâ dote constitutâ nubsit, aut dotē promisit: si prius, cessat jā ratio dotis finalis, nec ullā à patre exigi poterit: sibi n. maritus imputet, quod de dote nō fuerit magis sollicitus: sin posterius factū fuerit, & dotē filia promiserit, patris munꝰ eo ipso videtur adimplevisse, & idē ēe, ac si pater ipsē promisisset *l. 7. §. fin ff. de in rē vers.* prout eā explicat *Br. in L. obligamur 52. in fi ff. de O. & A.* ac cōsequēter, eandē pater solvere tenebitur *l. 2. §. 1. ff. solut. matr. ibiq; Jason. Col. 6. vers. adde potius. Gl. marginalis ad Br. d. loc. Abb. in c 1. n. 6. de adult. & stupr.*

aph. 62. Quot modis juxta Impp. tempora, & jurium diversitatem, naturalium appellatio sit subinde mutata, pluribus edocent *Dn. Riem. Dec. 2. q. 10. & Bach. part. 1. ff. tit. de adopt. c. de lib. legit. n. 6. & seqq.* quorum scrinia compilare nolo.

aph. 65. Ex ratione hîc in fine addita, & allegato *Rittersh.* potest colligi, hanc Autoris positionem: *legitimatio per subsequens matrimoniū sine dotalibus instrumentis fieri nequit*: secundùm Jus (a) sacra solennia ... Civile, ō mores hodiernos, quibus *ἱερολογία* veritatē matrimonii satis dilucidè probat, esse accipiendā, & quidē ita, ut tamen inde nequaquā ad essentiā matrimonii tabulæ nuptiales pertinere putētur. Illud, & quod Jure Civili tabb. matrimoniales sint necessariæ ostendūt *partim* loca hîc allegata plurima, quib. possunt addi *§. fin. 3. h. t. & § 2. I. de her. quæ ab intest.* ubi ō solùm duo Ablativi absolutè positi reperiūtur, qui cōditionē inducunt, & actū, usq; dū accesserit tale requisitū, suspendūt *l. 109. ff. de cond. & demōstr. l. 93. ff. ad L. Falc.* verùm ēt legitimāo quodāmodò tabulis istis adscribitur, adeoq; earund. interventū necessariò efflagitāt: *partim* quoq; ratio juris vivacissima: quia quo tempore ꝯcubinatus, collatus ad alios coitꝰ improbatos, erat cōjūctio legitima, & nuptiæ solo affectu citra ullas solennitates contrahebantur *Nov. 117. c. 3. Nov. 74. c. 4.* si nullo alio medio de immutata affectione cōcubinaria in maritalē, constare poterat, quàm ex hac solēni tabb. confectione: eo certè tempore de necessitate easd. adhibitas fuisse dicimus. Hîc nutare incipit malè solidata *Bachovii* objectio, quando dicit: si nuptiæ sine dotalibus instrumētis subsistunt. E. etiā legitimatio, quia hæc est ipsarū effectꝰ,

ade,

adeoq; illis positis ô potest ô etiã poni: siquidẽ ambabus largiar manibus, aliàs quidẽ matrimoniũ sine dotalibus instrumẽtis posse contrahi, & liberos ex eo justos procreari: verùm ô eo casu, quo de affectionis mutatione (quæ sola inter uxorẽ & côcubinam differentiã constituit *l. 31. pr. ff. de donat. l. 49. §. 4. de leg. 3. l. pen. ff. de concubin.*) quæstio incidit. Nã quemadmodũ, quòd in aliis plurimis casibus tabulæ nuptiales citra nuptiarũ interitum nô possunt intermitti, veluti si agatur de matrimonio inter personas disparis conditionis, sive quæ honestate impares sunt, côtrahendo, *l. 22. & seq. C. de nupt. Nov. 78. c. 3. & Nov. 22.* malè quis colligeret. E. in nullis nuptiis instrumẽta dotalia possunt omitti. Ita similiter perperam ab eod. infertur: propterea quòd regulariter nullæ tabb. ad nuptias desiderantur: Ideò ad nullas quoque unquã necessariæ. Similiter nô *obest*, quod idẽ Bach. *ad Tr. V. 1. D. 2. th. 6 l. F.* dicit: stante hac nostra adsertione sequi, non posse legitimari liberos, natos ex concubina pauperiori, quæ dotẽ dare nequeat. R. n. 1. etiamsi fuerit quædã concubina pauperior, tamẽ quia nunquã carnẽ quis sine condimento expetit. *Guazz. de Civ. convers. lib. 3.* vix eveniet, ut planè inopẽ & inconditam quis uxorẽ habere velit: proinde si modò qualẽ qualem dotem habere poterit, sufficiet istã juxta possibilitatem constitui *c. nullum C. ius. 30. q. 5. 2.* licèt ipsa concubina nulla possideat bona, ab extraneo tamen dotẽ dari novũ non esse *l. 5. §. 11. ff. de Jur. dot. l. 22. pr. & l. 45. ff. solut. matrim.* Quin imò 3. dotalia instrumenta ideò hic Imp. appellat, quia frequentissimè dotes intervenire consveverant, nô quòd propterea cùm extremè paupere concubina non possit matrimonium tabulis saltim nuptialib. intervenietibus contrahi: cùm promiscuè hæ voces: *nuptialia & dotalia instrumenta*: ab eod. hinc inde usurpentur, *arg.* eorũ quæ hoc *capb.* Autor côglomerat, quib. addi potest *l. 10. C. de nat. lib.* Deniq; nihil *adversatur*, quòd in instrumentis illis nulla vel legitimationis vel liberorũ mẽtio injiciatur, sed de dote solùm disponatur *l. 11. C. de nat. lib.* E. neq; ad legitimationem quicquã facere poterũt. R. n. cômitti ignorationẽ elenchi, cùm nec autor nec ego velim, ex tabulis legitimari liberos, sed solùm easd. ad matrimoniũ, unde hæc legitimatio pendet, necessariò per leges requiri; quod utiq; sufficit ad nostrã illationẽ: legima-

tio-

Dulce certe simile

tionem sc. ex matrimonio subsequente non aliter promanare, nisi instrumenta dotalia adjecta fuerint. Etenim si matrimõium non potest prius existere, quam ubi tabulæ nuptiales accesserint, sanè nec consequenter etiã ejus effectus, putà legitimatio absq; dotalibus instrumentis produci poterit. *Ant. de Rosell. tr. de legit. c. de causa form. n. 1.* Quapropter utplurimùm in hoc errãt dissentientes, quòd hanc legitimationem dotalib. potius instrumẽtis, quàm matrimonio à nobis adscribi putãt, cùm tamẽ quilibet saniorum ead. ad probandã solùm matrimonium desiderent, ut eo sic probato liberi antea nati legitimentur. Vide omninò *Ant. de Rosell. d. loc. per tot. c. Gabaus. part. 1. per. 1. q. 5. Bacb. d. loc.* & ubi seipsũ corrigit *ad §. fin. I. de nup. n. 7. Dn. Frãzk. Ex. 2. q. 8. Hũn. ad Tr. d. loc q. 6. Harp. ad § fin. I. h. t. n 5. ibiq; citatos.*

aph. 69. Filium impuberẽ arrogatum transire in patris arrogatoris familiã, & potestatẽ cũ sua substantia, eiq; tã ab intestato, quã ex testamento ita succedere, ut si citra justã causam illegitimè exheredatus aut emãcipatus fuerit, unà cum bonis propriis quartã insuper ex bonis arrogantis per Constitut. D. Pii salvam habeat, tam de Jure veteri, quã Justinianéo expeditum satis est *l. 22 pr. & §. 1. ff. l. 2 l pen. §. fin. C. & §. 3. I. de adopt.* At v. qualis ista sit quarta, utrum omnium bonorum, an v. tantùm portionis arrogato ab intestato debitæ, magna adhuc sub Judice lis est. Veriorẽ tamen semper hanc, quam Autor hîc fovet sententiã, habui, propter textus ad hãc rem satis illustres *in l. ult.* ibi: *ex bonis, quæ mortis tẽpore illius, qui arrogavit, fuerint, quarta pars. ff. si quid in fraud. patron. junct. F. dd. ll. & l. 8. §. 15. ff. de inoff. test.* unde, quia omnia bona eo tempore sunt arrogatoris, necessariò sequitur: etiã ad arrogatũ universorũ bonorũ quartã pertinere. Quin & illud õ leve præbet argumentũ, quòd hæc 4ta ubiq; dicatur bonorum, õ a. uti legitima, 4ta debitæ portionis *l. 8. §. 8. ff. de inoff. test.* partis quam filius ab intestato habiturus fuisset *l. 8. C. eod.* ut vel hinc patescat, istam ab hac esse prorsus diversam & aliam; cùm nominum & appellationum diversitas, rerum diversitatem arguat *l. 7. C. de Codicill.* Nec ab hac sententia verissima dimoveat quenquã, quæ pro contraria stabilienda afferunt *Accurs. ad d. l. 22. eumq; secutus ib. Bl. Vult. ad pr. n. 6. I. de adopt. Bachov. ad Tr. V. 1 D. 2. th. 9. l. E.* & ex eo *Gabaus. part. 1. q. 4. Marc. Lykl. à Nyeb. lib. 6.*

memb,

membr.ecl.5.Mynsing. ad §. 3. *I. b. 1.n. 12.* Etenim quòd 1.dicunt, leges pro nobis adductas debere restringi ad casum, qui sæpiùs eveniebat,eũ sc.quo saltẽ unus fuit arrogatus ab eo,qui liberos ñ habuerit *Lyckl.*Illud sanè hautquaquã admittũt verba Constitutionis D.Pii generalia,quæ *in d.l. ult. si quid in fraud.* relata indicant: id quod ibid. de arrogatione impuberis disponitur, tãquã jus regulare in omni arrogatione impuberis, & quoties is iniquè exheredatur vel emãcipatur,observandũ ẽe, etiã quãdo plures arrogati fuerint; quãvis hic casus quò plures impuberes arrogati,injusti emancipãtur vel exheredãtur,admodùm rarò, aut nũquã eveniat,adeoq; jus ordinariũ & regulare citra necessitatem minus rectè ab istis limitetur. Hoc ipso responso simul quoq; enervatur ratio Bachovii, quam ab impossibilitate ducit hũc in modũ: si plures,& sic etiã quinq; ex causa possũt arrogari *l.15.§.3.& l.17.§.1.ff.de adopt.*impossibile est,ut quisquis eorũ, 4tam omnium bonorum partem accipiat: siquidem uti jam dictum est,perquã rarò accidat,ut plures, & quidẽ impuberes arrogentur,oẽsq; simul iniquè exheredentur aut emancipentur: imò nusquam appareat,ab aliquo simul quinq; ita arrogatos& exheredatos esse; Proinde vox ista, *plures* ob casus insolentiã duobus etiam contenta esse videtur juxta *l. 12. ff. de testib. junct. l.7.ff.de ll.* cumprimis,quia sobolis potius creationi opera dãda sit,quam ut ex aliena familia in nostrã potestatẽ liberos redigamus *d.l.17.§.2. in fi ff.de adopt.* 2. Nihil quoq; stringit ista ratio, quod nisi in 4ta legitimæ portionis arrogatus deberet acquiescere,melioris conditionis efficeretur,quàm legitimus & naturalis filius contra § *4.I.de adopt.& §.ult. I. de leg. agn. tut.* Quia resp.1. cùm res ñ levis sit momẽti & præjudicii,impuberis arrogatio,quippe quã paterfam.alienæ potestati subjicitur *l. 11.§.ul. ff.de bon.poss.sec.tabb.* capite minuitur *§.3 I.de cap. dimin.* fortunasq; suas in alienam domũ transfert *d.l. 11.* adeoq; ñ nisi causâ exactè cognitâ, & præstitâ insuper ab arrogatore satisfactione permittitur *l.17.cum ll.seq.ff.de adopt.* Idcirco nõ immeritò à D. Pio sancitũ esse, ut qui ob levẽ fortè causam impuberẽ è potestate rursus dimittere aut exheredare ausit, hâc pœna duriore coerceatur. Nullũ v. 2.interesse liberorũ hîc potest urgeri, quia arrogator si jã antea habuit liberos,aut affectione paterna eos-

P dem

dem prosequitur, aut non: Si prius, tunc vel intermittit arrogationé alicujus extranei, vel arrogatum ob vitandã patrimonii diminutionem, sine causa nõ emancipat, illegitiméve exheredat: sin posterius, & in odiũ liberorũ naturaliũ pater insuper extraneum impuberé arrogat, eumq; ut spé pingvioris patrimonii liberis intercipiat, illegitimè exheredat: tũc æquũ est, hanc patris duritiẽ à liberis æquanimiter ferri; cum nec impedire possint, si vel integrũ patrimoniũ, salvis ipsorum legitimis aliorsum trãslatum voluisset *l. 8. ibiq; Cyn. & Salycet. C. de inoff. test. l. 39. §. 1. ff. fam. hercisc.* Sed & si post arrogationẽ demũ liberos arrogator susceperit, sanè nec tũ ipsorũ spes nimiùm diminuitur, cùm interea temporis arrogator fructus bonorũ arrogati fuerit lucratus, indeq; substantiã propriã meliorem fecerit *§. 3. inst. I. de adopt.* & hinc fieri possit, ut licèt majorem bonorum partẽ arrogatus quàm naturalis habeat, minorẽ tamẽ ob fructus ex suis bonis perceptos reverà nanciscatur, Tandẽ prorsus id falsum est, quod obtendit *Bach.* hac ratione naturales integram suam legitimã consequi non posse. Quia 1. certum est, legitimæ rationem non prius iniri, nisi æs alienum fuerit deductũ *l 8. §. 9. ff. de inoff. test.* hæc a. quæ impuberi debetur, quarta, est verũ æs alienum *d. l. 8. §. 15.* quod ex principali providentia debetur *d. l. 22. ff. de adopt.* Ideoq; eà deductã jam demũ apparet, quę bona sint arrogatoris propria, & quænam ejus liberis 4ta debeatur. Quemadmodum igitur ob funerarias impẽsas deductas minus suã 4tã liberi õ dicuntur accipere *d. l. 8. §. 9.* Ita quoq; neq; hac 4tã arrogati detractã. 2. Ex eadẽ illatione quoq; sequeretur, planè nullã 4tam arrogato deberi, quia qualiscũq; etiam ista fuerit, per eand. tamẽ 4ta bonorum paternorũ ex mente Bachovii minueretur. Quin imò 3. exinde quoq; potest inferri, quòd etiamsi pater quid admiserit, cujus causâ bona ipsius fisco debeant addici, liberis tamen salva manere debeant bona paterna propter legitimã; nimirũ quia etiam pater sine causa emancipando, aut injustè exheredando pupillum arrogatum, peccat contra D. Pii constitutionem, quæ pœnam hanc 4tæ bonorum omnium patris isti delicto præstituit. Pro hac nostra opinione & parte stant *Dn. Frantzk. Ex. 2. q. 9. Dn. Aram. Ex. 2. th. 19. Dn. Ungep. Ex. 3. q. 10. Harpr. ad §. Cùm autem 3. I. h. t. n. 9. usq; ad fi. & ex parte Ant. Fab.*

tom.

tom. 1. Ipr. Papin. t. 16. pr. 1. illat. 12 Ex jam dictis elucet, plurimum inter quartam quæ arrogato & eam, quæ naturalibus competit, interesse. Legitima n. debetur jure naturæ *l. 7. ff. de bon. damnat. Differt. infr. 9. aph. 22.* Arrogato ex providentia principali *d. l. 22 de adopt.* pro illa consequenda cõpetit querela inofficiosi testamẽti: pro hac v. condictio ex lege, illa sc. D. Pii cõstitutione *arg. l. un. ff. de condict. ex l.* Illa datur omnibus liberis: hæc solùm impuberib9: Illa cen 4ta pars portionis ab intestato, nõnisi defuncto patre deberi potest, cùm viventis nulla sit hereditas *l. 1 ff. de her. vel act. vend.* hæc a. etiã vivo patre injustè filio emancipato debetur, ut ad suos actionẽ istã personalem transmittere possit, quãvis ante mortẽ petere nequeat *arg. d. l. ult. ff. si q̃d in fmu. patr. ibi: mortis tẽpore.* Illa datur solũ propter injustã exheredationẽ, hæc v. etiã ob injustã emancipationem, &c. *vide Ant. Fab. d. loc. aph. 70.* Nunc denique adducor, ut credã, quod in loco quodã dixit *Fachinéus:* nihil ita apertè in nostris legibus positum, & decisum esse, quin interpretantiũ distorta explicatione possit reddi dubiũ: siquidé, licèt nõ crediderim, quicquã à quoquã contra hanc sententiã, evidẽtissimo textu subfultam posse proferri, repertus est tamen nuper, qui isti nõ modò cõtradicere, verùm et totã destruere, eâq; subversâ, aliud fundamentũ Juris & planè contrariũ jaciendũ esse nõ dubitavit asserere, *Antonius is est Matthæus in not. & animadvers. Inst. ad h. t. & de fund. jur. al. jac. D. 8. th. 16.* quem, uti nunc demum comperior, sequitur *Henr. Bessel. Disp. ad par. 2. th. 4 pag. 47.* Verùm antequã novorum Juris Cõditorũ rationes & fundamenta demoliar, nostrã priùs & antiquiorem juxta ac veriorem sententiã ita stabilio. Primò textus § 2. *I. de adopt.* tribus de causis huc apprimè facit, 1. propter conjunctionem adversativam, SED, quæ sese refert ad *pr. ejusd. tit.* ubi jus vetus, quo omnes adoptati in patris adoptivi potestatẽ trãsibant, pertractatur, adeoq; correctionem quandam, & jus aliud importat, id quod ipsum magis declarat, (*quod secundo loco notãdum*) altera conjunctio VERÒ, *in vers. si verò,* quã avus matern9 & extraneus sibi invicem hactenus opponuntur, ut in adscendentis potestatem adoptivus transeat, non v. in alicujus extranei adoptantis, propter rationem, quod *tertiũ notabile est,* calci *d. §.* annexam: quia sc. duo vincula, naturale & legitimum fortius

P 2 tius

tius ligarent in adſcendente, quàm ſolùm adoptionis legitimū in extraneo: utrumq; n. poſterius perperam & fruſtra fuiſſet poſitum, niſi quoad poteſtatem eſſet quædam inter extraneum & adſcendentem adoptantes differētia. Et licèt hîc quis poſſit excipere: videri Imperatorem nòn tam jus vetus corrigere, & poteſtatem extrāneo patri adoptivo auferre, quam vitium potiùs ex antiqua adoptione facilè naſcens reſecare: id tamē & verba *d.* §. 2. plusquā manifeſta: nec in poteſtate ejus eſt: & 3tiū noſtrū argumentum hautquaquā admittunt. 2. Idēquoq; evidēter demōſtrat §. *8. I. quib. m. jus p. p. ſ.* ubi adoptio, qua patris naturalis ſolvatur poteſtas, tātū plēiſſima h. e. quæ duplici vinculo & nodo conſtricta eſt, avi ſc. materni, adducitur, omiſsâ alterâ minꝰ plēâ, & ab extrāeo factâ, de qua hinc rectè cōtrariū diſpoſitū cēſeri debet *l. 18 ff. de teſtib.* 3. Plurimum quoq; lucis ſuffundit huic noſtræ aſſertiōi *l. pen. C. de adopt.* in verbis hiſce notāter poſitis: jura naturalis patris minimè diſſolvi *pr. circa med.* quis patiatur jura patris naturalis nexu divino copulata ludibrio defraudari *verſ. cùm enim tanta.* ad eum ſolum reſpiciat filius, cui eū & natura aggregavit, & lex per adoptionem aſſignavit *d. pr. verſ. ſi verò.* per omnia naturæ ſuæ filium aggregaverimus §. 1. *verſ. cùm verò.* permanet in ſacris patris naturalis *d. verſ. cùm verò.* etſi habeat filius jura naturæ integra *d.* §. 1. *verſ. etſi.* ex quibus etiam ſole meridiano clariùs refulget, antiquum jus quoad extraneū eſſe mutatum, & omnes non modò effectus patriæ poteſtatis, ſed & ipſam quoq; poteſtatē eid. adimi & denegari, ut Tireſia cæcior meritò habeatur, cujus oculos hi clariſſimi veritatis radii nō feriunt. Quid nunc verò quæſo contra hæc jura certiſſima novi Juris conditores proferunt? *Primùm* urgent verba *d. l. pen. in pr.* quaſi non fuiſſet in alienam familiā translatus. & verba §. 14. *I. de her. ab inteſt.* atq; ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, & ſic inferunt: Si adoptatus ab extraneo tantùm quoad ſucceſſionē perinde habetur, ac ſi in familiam alienam non tranſiiſſet. Er. revera in adoptantis poteſtatem tranſit. Sed facilè & variè hoc fundamentū poteſt ſubverti 1. Quod perquā ſit ineptum, ex dictione una aut altera, quæ adhuc ipſa dubium

has

habet sensum, textum aliquem rotundum & perspicuum explicare. Imò calumniatoris & vitilitigatoris id esse proprium, verbum unum aut alterum captare, mente dicentis non attentâ, quem nec audiendum esse volunt Augusti *in l. 5. C. de LL.* dum se contra juris sententiam, sæva prærogativa verborum fraudulẽter excusat. Quid enim mente & voluntate Justiniani in superioribus potest esse apertius? eamne igitur vox una, QUASI, quia interdum fictionẽ denotat, obscuret, imò penitus evertat? Certè durum, & quod durius est; iniquum id foret, præcipuè cùm non deficiant loca; quib. ead. vox, QUASI, pro veritatis expressiva ponitur vid. *§. 1. vers. sin autem I. de emt. & vend. l. 31. §. 10. ff. de minor.* cum aliis *à Dn. Ungep. Ex 3. q. 9.* bonâ fide comportatis: Satius proinde fuerit eandem hic ceu dubiam & ambiguam ex certioribus & evidentioribus nostris textib9 interpretationem expectare & mutuari. 2. Interpretationem eorũ verborum genuinam, ipse quoq; Imp. suppeditat, quando per hæc æquivalẽtia ita explicat *in d. l. pen §. 2. in fi.* tãquam nõ fuisset ab initio in adoptionẽ translatus: Significans, ista verba superiora ad factum tantùm adoptionis respicere, per quod adoptatũ in familia patris adoptivi ad exemplũ pristinæ adoptionis versari contigit, adeoq; *φαινομένως* & specietenus in alterius familiam translatus apparuit, licèt de familia ejus ceu membrum propriè nunquã fuerit. Novum enim non est, ut qui in familia aliquando constituuntur, propriè tamen de familia non sint juxta *l. 25. §. 1. & l. 2. l. 31 §. 15 ff. de ædil. edict. l. 2. §. 14 ff. vi bon. rapt. c.t si fam. furt fec. dic. Gœdd. ad l. 195. per tot. de V. S.* 3. Etiãsi ex abundante illis largiar, dictionem, QUASI, ibi similitudinis notam esse, cõmodè tamen adhuc ipsa translatio in familiã potest explicari tropicè, parte pro toto posita, videl. quod quoad effectũ juris solùm suitatis in successione intestati adoptivus in familiã adoptãtis extranei migret: sed habeatur tamen, quoad idem, ac si nũquam fuisset in adoptionẽ datus. *Deinde* iidem juris architecti ex destructa patria potestate tale argumẽtum & fundamẽtum extruunt: *In d. l. pen.* sæpiùs filiq adoptivus ab extraneo dicitur emancipari, h. e. patria potestate liberari §. *6. I. quib. mod. jus p. p. s.* E. in ead. fuisse præsumitur: privatio namq; præsupponit habitum *arg. l. 83. & l. 208 ff. de R. J. l. 116. ff. de V. O.* Sed & hoc

fundamentum minus est solidū, & lubrico admodùm solo impositum, ei sc. quòd vox emancipatio tantùm usurpetur pro potestatis sive familiæ relaxatione: cùm contrarium liquidò appareat tùm *ex* §. *10. I. h. t.* ubi fœmina filium potest adoptare, & ita adoptatum juxta *h. l pen.* rursus emancipare, quæ tamen in potestate quenquā habere nequit § *3. I. de hered. qual. & differ.* tùm *ex* §. *1. I. de test. ordin. ibiq; Vigil. Zuichem.* ubi bona emancipari dicuntur, pro vendi, Ideoq; benè quidem cōcedere possum, emācipationem hic, dissolutionem quandā importare; verùm non patriæ potestatis, sed vinculi duntaxat illius civilis & legitimi, quod per adoptionem in priorib9 dicebatur adoptivo acquiri, nimirum juris ab intestato succedēdi, & nominis filii, quod adoptivo, nisi interveniente emancipatione fuerit dissolutū, successionem patris extranei intestati non minus, quam cuicunq; alii heredi suo necessario tribuisset *d. l. pen* §. *1.* Uno verbo: talis est intelligenda emancipatio & distractio, quale fuit vinculum *arg. l 85 ff de R. J.* Deniq; sic infert *Bessel. d. D. 2. n. 2.* Nullus patri succedit Jure Civili ut suus, nisi qui in ejusdem est potestate. Atqui ita succedere adoptivum extraneo etiā nos fatemur. Er. Sed nec hoc fundamentum est firmū, quia *resp.* ad majorem: Eam verā esse quoad Jus decemvirale sive ll 12. tabb. quæ tantùm in sacris paternis constitutos ut suos ad successionem vocabāt: non a. quoad jus Justinianū, quippe quo constat, hunc effectum peculiariter adoptivo filio esse concessum, licèt in potestatē extranei non redigeretur, prout in aliis multis ratione certi alicujus effectus non suos, revera tamē suos vocari videmus. Ita namq; *in l. un. C. de his qui ant. apert. tab.* descendētes posteri, qui respectu habito ad suos, extranei sunt § *3. I. de H. Q. & D.* quoad trāsmissionis tamē effectū j9 suorū accepisse dicūtur. Salvū igitur & incōcussum antiquū manet juris fundāentū: adoptat9 ab extraneo in patris naturalis potestate permanet; quod tuentur cōmuniter, & cumprimis *Bach ad Tr. V. 1. D. 2. th. 19. l. a. Marck Lyckl. à Nyeb. lib. 1. Membr. ecl. 25: Dn. Ungep. Ex. 3. q. 9 Gœbaus part. 2. per. 2. q. 8.*

aph. 72 Duas hasce de Monachismo, & Doctoratu positiones defendunt, *illam* quidem *Ant. Fab. 1. Jpr. Papin. tit. 8. pr. 3. Bach. ad Tr. d. D. 8. th. fin. l. D. & part. 1. ff. tit. 6. c. de mod. quib. p. p. soll.*

Paul.

Paul. Berens. D. 1. th. 5. q. 7 Myns. n. 5. & Schneid. n. 7. ad §. 4. I. quib. m. 1. p. p. s. & novissimè Gœbaus. part. 2. per. 4. q. 28. Hanc v. *Vultej. ad d. §. n. 6. Schneidw d. loc. ibiq; Heig. n. 5. Tr. d. D. 2. thes. fin. l. c. Dn. Ungep. Ex. 3. q fin. in Neg. Gtph lib. 1. Diss. Jur. Civ. 4 th. 18. ibiq; Olem.* ubi simul dissentientes magno numero reperire licebit, quibus adde *Rittersh. ad Nov. part. 1. c. 6. n. 46.* Et tantum de Dissertatione secunda.

COROLLARIA.

Quia paulò plusculum temporis & chartæ absumsere notata: neque etiam corollariorum hîc exiguus adest numerus: ideoq; provinciæ meæ satisfecisse arbitrabor, quando singulis vel rationem unam atq; alteram, vel autores qui de iisdem ex professo scripsêre, adjecero.

1. Hæc quæstio sine labore decidi potest *ex aph. hujus Differt. 46. §. 11. I. de nupt.* & iis quæ ibid. *Dd. fere communiter* annotant.

2. Facem huic auctuario præferunt notata *ad aph. 83. Diff. praeced.*

3. Hanc quæst. fusissimè pertractatam exhibent *Dn. Gerhard. Loc. de Conjug. §. 613. q. 2 Bach. ad Tr. V. 2 D. 6. th. fin. l. B. Bronch. Cent. 3. assert. 8. Harprecht. ad tit. de nupt. § sunt & aliæ 11. n 34.*

4. Ita sentiunt & statuunt *Joh. Petr. Surdus tr. de aliment. tit 1. q. 10. Mart. Coler. de aliment. lib. 1. c. 3. n. 8. & seq. Covarr de matrim. part. 2. c. 6. n. 6. Rittersh. ad Nov. part. 7. c. 8. n. 6. Andr. Gail. 2. Obs. 88.*

5. Hoc videtur Justiniano oppositum, quando dicit *Nov. 89. c. 1.* naturâ omnes liberos esse æquales, & *c. 9.* nullam inter legitimam & aliam sobolem fuisse differentiam. Idemq; probat *Bachov. ad pr. I. de nupt. n. 1. & 2. & part. 1. ff. tit. de adopt. n 6. & seq.* ubi ad argumenta Palæotti respondet.

6. Unicus hîc sufficiat *Dn. Gerb. in d. loc. de Conjug. §. 489. & seq.* ubi plures non deficient.

7. Quæ enim hujus constituti possit esse ratio, cùm nullum sacerdotum interesse, ut parentum vertatur: nec raró per hoc medium, parentes nepotibus & filii liberis carere, aut certè tales bonorum successores habere cogerentur, quales absq; sacerdotum interventu si fuisset, nunquam optassent.

8. In hac controversia non tantùm non satis expedita, sed nec usque adeò tuta, & invidiæ experte finem contentionis ducunt *Dn. Gerb. d. loc. § 695. & seqq & Dn Riem. Dec 2 q. 1.*

9. Hac de quæstione plenissimè agunt *Dn Gerh. loc. de Conjug. § 187. cum multis seqq. Arnis. de Jur. Connub. c 6 sect. 3. pag 184. Bachov. ad Tr. Vol. 2. D. 6. th. 1. l B. Dn. Ungep. Ex. 3. q 7. Gœhaus. part 1. per. 7. q. 40. Quirini Cubach. Quæst. illust. Dec. 1. q. 5. Andr. Gerb. D. 2. q. 5.*

10. Huc possunt videri *Tiraquell de leg. Connub. leg. 15 n 22.* quem juxta alios allegat *VVes in par ff. de rit. nupt. n. 2 circ. fin. Costan tr. de sponsal. c. 2. n. 9 & seqq. Gœhaus. part. 1. q. 23.*

11. Variè circa præsens ζήτημα sentientes vid. *Dn. Arum. Ex. Just. 20.*

ubi

th.6.Dn.Theodor.Colleg.Crim.D.6.th.3.l H.Dn.Rhet.Dis. [illegible] *Coslan. tr.de sponsal.c 2 n.19. & seqq.Bronch.Cent.4 assert.81. Harprecht.* [illegible] *Lex Julia 4.n.24. J.de publ Jud. novissimè Joh.Martini in Fasciculo Controvers. Jurid.q 8.Bach.ad Tr.V.2.D.6.th.1.l 2.Marc.Lyckl.à Nyeh. lib.* [illegible] *Membr ecl. 18.*

12. De hac nuptiarum solemnitate consule *Dn Frantzk Ex 2 q.7.Dn. Ungep.Ex.3 q.4. in Ajo. Hottom.illust quaest.15.Cypra de sponsal.c.5 § 4. Bach.ad Tr V.2 D 6.th.5 l.E.Don 13.Com.20 Coslan lib.de matrim c 4.n. 47.Ant Fab.in Jpr.Papin.tit.9.pr 5.illa.13.Bronch. Cent.3. ass. 7. Philip. Matth.ad l.30.ff de R J.*

13. Hoc Corollario videtur *Autor* Donello se opponere, qui *lib.13.Com. 19*, dispositionem Juris Canon. Apostolico dicto maximè congruam statuit, rectè propterea notatus à suo Enucleatore *Dn.Hilligero ibid. l. 2.* ob rationes plurimas ibid. adductas.

14. Meritò hoc negatur ob fundamenta solidiora, quæ proponit *Bach. ad Tr.V.1. D.2.th.6.l A.& V. 2.D.6.th.7.l.B.& Autor Dissert.de Jdict.aph. 170.& seqq item aph. 335.*

15. Licèt pro legitimatione communiùs respondeant *Interpp.* ut videre est ex *Forstero lib. 6.de succ. ab intest.c.22.Covarr.de sponsal.part.2.c.8. § 2.Geil.2 Obs.141.Harprecht ad § fin.I.de nupt.n.19.* & rationes adducant plausibiles: verior tamen est hæc *Autoris* opinio, propterea, quia nec matrimonium ita rectè contrahitur uti pluribus docet *Bach. part.1.ff tit.6. c.de legitimatione n.7.pag.251. Anton.de Rosellis tr.de legitim. c. de causa mater. n.12.& seqq aliquot.* Dissentit novissimè *Heinric. Bessel. Disp.ad par.2.th.2.pag 46.*

16. Quia invitus nemo adoptatur *l. 5 & l 6. ff. de adopt.* & verò mixtum imperium non nisi in modica coercitione, quæ tanquam nervus Jurisdictioni est addita, ut eadem adversus reluctantes & contumaces effectum sortiatur, consistit *Autor Diss de Idict aph 287 & seqq.* liquidum hinc evadit quod non tam mixti imperii, quàm jurisdictionis, & quidem voluntariæ uti vocant actum magistratus confirmans adoptionem, exerceat. Adde *Bach. part.1 ff tit. de adopt. c de Adopt.in spec, accept. pag.119. n. 3. Marc. Lyck. à Nyeh. lib.4.Memb ecl.14.*

17. & 18. Ad hæc duo postrema mutuò se consequentia Corollaria, videat cui lubet *Gabausf. part.1.per.3 q.23 & Harprecht ad pr. I. de R. D. à n 98. usq. ad n.154.* ubi magnum tum assectarum, tum dissentientium acervum reperiet.

F I N I S.

DEO TRINUNI SIT GLORIA

BERNHARDI SUTHOLT U.J.D.

Dissertationum Aureolarum

Ad Institutiones Justinianeas

TERTIA,

Cum VINDICIIS Illustribus

sive

Commentario,

Quo tum Autoris mens quandoq; obscurior illustratur, tum verior ubiq; sententia à novissimis Neotericorum telis, ac corruptelis vindicatur & defenditur.

QUAM

JOVA JUVANTE

Scitu & permissu Magnifici JCtorum ordinis

sub Præsidio VINDICIS

SEBASTIANI Beer / LAUFENSIS NORICI,

Publico privatæ eruditorum censuræ submittit

SIGISMUNDUS Findekeller / Dresdensis.

die 15. Augusti.

A. O. R.

ƆIƆ IƆC XXXV.

JENÆ

E Calcographêo Weidneriano.

In gratiam Doctissimi Dn. Respond. Amici singularis.

Quantum quemque juvat Corpus percurrere Juris
Sæpius id jam nos, Frater Amice, doces.
Sæpius ut calles, Findekellere, legisti
Leges, inde tibi talis & usus; Age!
Audes Tutelas docte defendere, recte est.
Sed quæ sunt causæ? perstudiosus eras.
Gratulor hisce tuis cœptis, ast pergere perge;
Olim sic Doctor Jure vocandus eris.

Ita
ex animo conterraneo suo
gratulabundus litabat

M. Johannes Fridericus am Ende.



DISSERTATIO III.
De
TUTELA ET CURA.
Ad Tit. 13. & seqq. libri 1. Instit.
APHORISMUS I.

HActenus de divisionibus personarum ex statu *libertatis, civitatis & familiæ*, quibus explicatis, nihil quidem reliquum est, quod ad jus personarum pertineat; quandoquidem non quamlibet personarum qualitatẽ & conditionem hic consideramus, sed eam tantum, quæ ad *statum* pertinet; cæteroquin & de magistratibus, senatoribus, militibus, maribus, fœminis, hermaphroditis, & id genus aliis hic agendum foret, quod tamen à Triboniano factum non est, neque fieri etiam debuit, cum istæ qualitates assumantur extrinsecus, nullum jus internum afferentes, nullum proprium & personæ cohærens, uti recte disputat *Connanus 2. Comm. c. 1. n. 2.*

2. Hac ratione etiam tractatio de *tutela* & *cura* videri possit ab hoc loco aliena, (neque in *Synops. Attaliata* de his agitur *sub tracta. de jure person.* sed de moribus *sub tract. de contractibus*) cum statum non concernant, neque pupillum, minoremve à communione juris excludant, sed tantum ab administratione bonorum, quia tamẽ majorem hæc inducunt juris diversitatem quam dignitatum, reliquæve qualitatis, placuit Triboniano hic subjungere, quod illi, qui sui juris sunt, vel ipsi bona sua administrare possint, vel non possint.

3. Qui ipsi rebus suis superesse nequeunt, hi vel impuberes sunt, vel puberes, quorum illi in tutela sunt, hi in cura.

4. Tutela est *vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit.*

5. *Vis ac potestas*, uti alias persæpe, ita & hic recte conjunguntur atque idem notant *arg. l. 17. de legib. §. 3. Inst. de interdict. l. 1. de noxal. act.* ut non opus sit, pro iis verbis reponere hæc: *Jus ac potestas*, seu, *justa potestas*, vid. *gl. & Bart. in l. 1. de tut. Duar. ibid. c. 1. Donell. 3. Comm. 1. Paul. Montan. de jur. Tutel. cap. 2.*

6. Verba *in capite libero*, ad pupillum ut referamus magis est, quamvis ad tutorem etiam suo modo referri possint,

7. In tutela porro videndum, quomodo ea deferatur, delata quomodo suscipi & administrari debeat, & demum quomodo finiatur.

8. Defertur testamento vel lege immediate vel à magistratu, quamvis in thesi, ut videlicet, qui se ipsos tueri nequeunt, habeant tutores, sit ex jure naturæ §. *pen. de attil. tut.* quod deinde jus civile determinavit & civium Romanorum proprium fecit, §.1. *in fin. h. t.*

9. Testamento (aut codicillis testamento confirmatis *l. 3. de test. tut.* non etiam codicillis ab intestato aut testamento imperfecto, nisi accedat confirmatio, vid. *Cyn. in l. 2. C. de conf. tut. n. 1.*) filiis tutores dare possunt parentes, qui eos in potestate habent, ita ut post mortem eorum non sint in alterius potestatem recasuri §. 3. *de tutel.*

10. Mater filiis tutores dare nequit, nisi eos instituat hæredes & magistratus insuper (non obstante *l. 4. C. de test. tut.*) tutores datos confirmet, prævia inquisitione *l. 4. de test. tut. l. 69. §. 2. de leg. 2. Synops. Attaliat. tit. 36.* adeoq; interposito decreto *l. 7 § 1. de confirm. tut.* siquidem magistratus fuerint majores, nam minores loco inquisitionis exigunt satisdationem *l. 5. de cōfirm. tutel.* idem est in patrono & quovis extraneo *l. 1. §. 1. l. 4. eod.*

11. Pater vero jure patriæ potestatis etiam exheredato filio tutorem recte dat, *l. 4. l. 10. § 2. l. 26 § fin. l. 31. de test. tut l. 7. pr. de confirm. tut. l. 77. §. 3. de cond. ac demonst.* ac falluntur qui huc detorquent *l. 73. §. 1. de R. J. l. 53. de V. S.*

12. Emancipato non item: si tamen huic pater de facto tutorem dederit, confirmandus is est à magistratu citra inquisitionem §. *ult. h. t.* Confirmatus licet de testamentario aliquid participet, ejusq; naturam sapiat *l. 3. de conf. tut. l. 32. de excus.* ita ut etiam legitimo præferatur, *Cyn. in d. l. 2. C. de conf. tut. n. 3.* magistratus tamen opera hic prævalere videtur, adeoq; dativum eum potius tutorem, quam testamentarium dicemus cum *Cyn. & Dyn. in d. l. 2. n. 2.* per *l. 3. §. 1. l. 26. § fin. de test. tut. l. 1. & 2. C. de confirm. tut.*

13. (*Ad Tit. 14.*) *Quod si* testator tutores dederit liberis, etiā nepotibus dedisse censetur, non item si filiis, vid *l. 16. de test. tut. l. 84. & l. 201. de V. S. l. 59. de rit. nupt. Conf. in l. 10. n. 3. de senatorib.*

Do-

Donell.3. Comm.4. Sin posthumis (quod fieri potest, *§. 4. de tut.* idq; fictione juris, quomodo explicandæ sunt, *l. ult. de collat. l. 161. de V.S. l. 9. in fin. ad leg. falc.* vid. *l. 19 §. 2. de test. tut.*) non solum filii posthumi continebuntur, sed etiam filiæ posthumæ, nepotes & quasi posthumi *§. ult. h. t.* non autem liberi jam nati *l. 164. de V.S. l. 25. §. fin. de lib. & posth.*

14. Dari potest tutor testamento etiam filiusfamilias, *princ. h. t.* ex ratione *l. 9. de his qui sui vel al. jur.* etiamsi minor sit, cui tamen administratio non statim committitur *§. 2. h. t.*

15. Servus quoq; recte datur tutor, proprius quidem, etiam non apposita libertate, directe fit liber *§. 1. Inst. eod. l. 32 in fin. l. 28. §. 1. de test. tut. l. pen. C. de necess. serv. here.* quibus tamen obstare videtur *l. 10. §. ult. de test. tut. l. 9. C. de fidei liber.* Alienus servus pure datus tutor, per fideicommissum libertate videtur donatus *d. l 10. §. ult. d. l. 9.*

16. Ad certum tempus vel ex certo tempore vel sub conditione tutor quoq; testamento (non autem à magistratu) dari potest *§. 2. 3. h. t.* non autem certæ rei, vel causæ *§. 4. eod.* de quo tamen vid. *Bartol. in l. certarum ff. de test. tut.*

17. *(Ad Tit. 15.)* Et hæc de testamentaria tutela sufficiant, qua deficiente, locus fit legitimæ tutelæ, quam initio dividimus in *extraordinariam* seu *anomalam*, & *ordinariam*.

18. Extraordinariam appellamus matris & aviæ. Hæ enim ex *constit. Just.* post tutores testamentarios admittuntur, & legitimis omnibus atque etiam dativis præferuntur si velint, modo renuncient secundis nuptiis & SCto Vellejano, vid. *Auth. matri & aviæ C. quomodo mulier tut. officio fungi.* ibique *gloss. Cyn. Bart. & Salicet. Paul. Montan. de jur. tutelar. cap. 15. Rittershus. ad Novell. part. 8. cap. 2.*

19. Ordinaria rursum alia est ex jure veteri seu *l. 12. tabb.* alia ex jure novo; *Lex 12. tabb.* alios ad tut. vocat explicite, seu, ut ait *Ulpian. in frag. de tutel. §. 2.* propalam, alios implicite seu per consequentiam.

20. *Propalam* vocat agnatos proximos. Agnati autem hic dicuntur à patre cognati, virilis sexus per virilem sexum descendentes ejusdem familiæ *Ulp. d. tit. §. 3.* Adde *l. 5. ff. unde legit.*

21. Quod si ergo agnati de familia exeant, jus agnationis per-

7. In tutela porro videndum, quomodo ea deferatur, delata quomodo suscipi & administrari debeat, & demum quomodo finiatur.

8. Defertur testamento vel lege immediate vel à magistratu, quamvis in thesi, ut videlicet, qui se ipsos tueri nequeunt, habeant tutores, sit ex jure naturæ §. *pen. de attil. tut.* quod deinde jus civile determinavit & civium Romanorum proprium fecit, *§.1. in fin. h. t.*

9. Testamento (aut codicillis testamento confirmatis *l. 3. de test. tut.* non etiam codicillis ab intestato aut testamento imperfecto, nisi accedat confirmatio, vid. *Cyn. in l. 2. C. de conf. tut. n. 1.*) filiis tutores dare possunt parentes, qui eos in potestate habent, ita ut post mortem eorum non sint in alterius potestatem recasuri §. 3. *de tutel.*

10. Mater filiis tutores dare nequit, nisi eos instituat hæredes & magistratus insuper (non obstante *l. 4. C. de test. tut.*) tutores datos confirmet, prævia inquisitione *l. 4. de test. tut. l. 69. §. 2. de leg. 2. Synops. Attaliat. tit. 36.* adeoq; interposito decreto *l. 7. § 1. de confirm. tut.* siquidem magistratus fuerint majores, nam minores loco inquisitionis exigunt satisdationem *l. 5. de cõfirm. tutel.* idem est in patrono & quovis extraneo *l. 1. §. 1. l. 4. eod.*

11. Pater vero jure patriæ potestatis etiam exheredato filio tutorem recte dat, *l. 4. l. 10. § 2. l. 26. § fin. l. 31. de test. tut. l. 7. pr. de confirm. tut. l. 77. §. 3. de cond. at demonst.* ac falluntur qui huc detorquent *l. 73. § 1. de R. J. l. 53. de V. S.*

12. Emancipato non item: si tamen huic pater de facto tutorem dederit, confirmandus is est à magistratu citra inquisitionem *§. ult. h. t.* Confirmatus licet de testamentario aliquid participet, ejusq; naturam sapiat *l. 3. de conf. tut. l. 32. de excus.* ita ut etiam legitimo præferatur, *Cyn. in d. l. 2. C. de conf. tut. n. 3.* magistratus tamen opera hic prævalere videtur, adeoq; dativum eum potius tutorem, quam testamentarium dicemus cum *Cyn. & Dyn. in d. l. 2. n. 2.* per *l. 3. §. 1. l. 26. § fin. de test. tut. l. 1. & 2. C. de confirm. tut.*

13. (*Ad Tit. 14*) *Quod si* testator tutores dederit liberis, etiã nepotibus dedisse censetur, non item si filiis, vid *l. 16. de test. tut. l. 84. & l. 201. de V. S. l. 59. de rit. nupt. Conf. in l. 10. n. 3. de senatorib.*

Do-

Donell.3. Comm.4. Sin posthumis (quod fieri potest, §. *4. de tut.* idq; fictione juris, quomodo explicandæ sunt, *l. ult. de collat. d. 161. de V.S. l.9. in fin. ad leg. falc.* vid. *l.19 §.2. de test. tut.*) non solum filii posthumi continebuntur, sed etiam filiæ posthumæ, nepotes & quasi posthumi *§. ult. h. t.* non autem liberi jam nati *l. 164. de V.S. l.25. §. fin. de lib. & posth.*

14. Dari potest tutor testamento etiam filiusfamilias, *princ. h. t.* ex ratione *l.9. de his qui sui vel al. jur.* etiamsi minor sit, cui tamen administratio non statim committitur *§.2. h. t.*

15. Servus quoq; recte datur tutor, proprius quidem, etiam non apposita libertate, directe fit liber *§.1. Inst. eod. l.32 in fin. l.28. §.1. de test. tut. l. pen. C. de necess. serv. here.* quibus tamen obstare videtur *l.10. §. ult. de test. tut. l.9. C. de fidei liber.* Alienus servus pure datus tutor, per fideicommissum libertate videtur donatus *d. l 10. §. ult. d. l.9.*

16. Ad certum tempus vel ex certo tempore vel sub conditione tutor quoq; testamento (non autem à magistratu) dari potest *§.2.3. h. t.* non autem certæ rei, vel causæ *§. 4. eod.* de quo tamen vid. *Bartol. in l. certarum ff. de test. tut.*

17. *(Ad Tit.15.)* Et hæc de testamentaria tutela sufficiant, qua deficiente, locus fit legitimæ tutelæ, quam initio dividimus in *extraordinariam* seu *anomalam*, & *ordinariam*.

18. Extraordinariam appellamus matris & aviæ. Hæ enim ex *constit. Just.* post tutores testamentarios admittuntur, & legitimis omnibus atque etiam dativis præferuntur si velint, modo renuncient secundis nuptiis & SCto Vellejano, vid. *Auth. matri & aviæ C. quomodo mulier tut. officio fungi.* ibique *gloss. Cyn. Bart. & Salicet. Paul. Montan. de jur. tutelar. cap.15. Rittershus. ad Novell. part. 8. cap. 2.*

19. Ordinaria rursum alia est ex jure veteri seu *l.12. tabb.* alia ex jure novo; *Lex 12. tabb.* alios ad tut. vocat explicite, seu, ut ait *Ulpian. in frag. de tutel. §.2.* propalam, alios implicite seu per consequentiam.

20. *Propalam* vocat agnatos proximos. Agnati autem hic dicuntur à patre cognati, virilis sexus per virilem sexum descendentes ejusdem familiæ *Ulp. d. tit. §.3.* Adde *l.5. ff. unde legit.*

21. Quod si ergo agnati de familia exeant, jus agnationis per-

perdunt,& cum eo tutelam,quam jure agnationis deferri diximus. Legitimæ enim tutelæ ex 12. tabb. etiam minima capitis diminutione intervertuntur *l.7. de cap. minut.*

22. Id quo intelligatur rectius,notare hîc pretium est, quid & quotuplex sit *capitis diminutio.* Est autem nihil aliud quam *prioris status mutatio in deterius, εἰς τὸ χεῖρον*,ut est in *Synops. Attaliata tit.3.* & pro triplici statu eadem quoq; triplex,*maxima*, *media* & *minima*.

23. Maxima est,quæ adimit libertatem & consequenter civitatem & familiam. Media est,quæ adimit civitatem & consequenter familiam,salva tamen libertate, ut fit interdictione aquæ & ignis,& quæ in ejus locum successit.*l.3.ad l.Jul.peculat: l.2.§.1.de pœn.* deportatione *d.l.2.§.2.l 17.§.1. eod.* quibus non obloquitur *l.5.§.consumitur ff. de var. & extraord. cogn.*vid.*Duaren.1.disp.9. Revard.3. Varior.c.15.*

24. Minima est,quæ solum jus familiæ adimit salva libertate & civitate,quod fiebat olim emancipatione,hodie vero cū emancipatus nihil juris legitimi amittat, adeoque statum non mutet in deterius, *Novell.118.cap.4.* emancipatio amplius capitis diminutio dici nequit.

25. Ut ergo à diverticulo in viam redeamus, jus cognationis,non nisi maxima & media capitis diminutio tollit, jus vero agnationis etiam minima,quia,ut recte ait *Bartol. ad tit.Inst. de legit.agnat. tut. prærogativa succedendi quàm habent agnati, est contra naturalem rationem : Cognati vero habent jus succedendi per jus civile,secundum naturalem æquitatem.* Hodie vero cùm post. *d.Novell.118.*agnationis nulla sit prærogativa, neq; legitima tutela aliter peribit,quā maxima&media capitis diminutione,nō etiam minima *d. l. 7. versic. ex novis autem ff. de cap. minut.*

26. *Ad Tit. 17. Ad Tit. 18.)* Implicite seu per consequentiam vocantur ad tutelam libertorum impuberum patroni, & horū exemplo parentes ad tutelam liberorum, quos contractâ fiduciâ emanciparūt,juxta *§.ult.in fin.de leg.agnat.success.l 3.in fin. de leg.tut.*unde fiduciarii tutores appellabantur, *Ulp.de tut § 4.*

27. *(Ad Tit.19.)* Parente autem ante ejus sive filii,sive nepotis,quem contractâ fiduciâ emanciparat, cujusque tutor legitimus fuerat,pubertatem mortuo, si quem alium habeat filium

ma-

majorem, is patris in locū fit tutor sui vel fratris (si defunctus fuit pupilli pater) vel filii (si defunctus tutor fuit pupilli avus) vel fratris filii (si avus, idemque tutor pupilli, decesserit, relicto pupilli non patre, sed patruo) *princ. Inst. h. t.* Et hic fiduciarius appellatur tutor, vel quia propter fiduciā de ejus fide & affectu germano conceptam, dignus præter cæteros visus, cui quamvis jam non agnato tutela à patre incepta committeretur, ut vult *Angel. Duar. Donell.* vel, quod magis est, quia patri, qui cōtractā fiduciā emanciparat, atq; ita proprie fiduciarius fuisset dicendus, succedunt, atq; ita nomē illud (cùm patris tutela, exemplo patroni, legitima dicatur) fiduciarii tutoris in se transferūt. Cur autē filii hi nō fiant æque legitimi tutores, atq; patrono mortuo ejus filii, ratio affertur in hoc tit. 19. quam etiam in avo locum quodammodo habere, defendi potest, contra *Cujac. & Hotom.*

28. Atq; hoc, quem diximus, modo defertur tutela legitima jure veteri. Hodie quia omnis differentia inter agnatos & cognatos, suos & emācipatos, quoad legitimas, sive successiones, sive tutelas, est sublata, *Nov. 118. cap. 4. l. 4. C. de legit. tut.* nulla quoq; amplius est tutela fiduciaria, nulla parentum alia quam agnatorum, sed una tutela legitima, ad quam cognatus proximus, sive is sit agnatus, sive cognatus in specie, vocatur.

29. Deficiente (aut saltem ad tempus cessante. §. *1. h. t.*) tutela testamentaria & legitima, locus est dativæ tutelæ, quam deferi is, cui jus dandi tutorem specialiter concessum est. Neque enim omnis magistratus eam potestatem habet, aut si quis habet, non tamen jure magistratus, sed beneficio legis, & vice versa, contingit, ut qui non est magistratus, tutorem dare possit, ut Decuriones in municipiis *l. 19. de tut. & curat. dat.* Et hac ratione rectissime tutoris datio neq; jurisdictionis neq; imperii esse dicitur in *l. 6. §. 2. de tut.* Cui consequens est, ut mandari ea nō possit *l. 8. pr. de tut. dat.* licet quidam potestatem tutoris dandi, quā beneficio legis habent, non nisi à majoribus magistratibus admoniti, aut alia conditione impleta, exercere possint, §. *4. h. t.* vid. *Vacon. à Vacun. 6. declarat 79. Longovall. in l. 3. de jurisd. part. 3. c. 7. n. 22. & seqq. Scipio Gent. l. 1. de jurisd. Ad Orat. D. Marci c. 1. & 2. & 4. Da com. ad pr. & d. § 4 h. t.*

30. Hactenus vidimus, quot modis tutela deferatur. Delata

ca-

ea necessario suscipi debet, cum sit munus publicum non tam utilitate, *l. 2. §. 5. ad Municip. l. 6. §. 15. l. 15. §. 12. de excus.* quã authoritate *princ. Inst. eod. l. 9. de his qui sunt sui vel alieni.* & propter curam publicam *l. 2. § 2. qui pet. tutor.* Neq; vero eam recte suscipit tutor, nisi inventarium conficiat *l. 7. de adm. tut.* idoneam satisdationem (de qua postea) & juramentum præstet *Nov. 72. c. ult.* vid. *Rittersh. ad Nov. part. 8. c. 5.* & late *Paul. Mont. de jur. tut. c. 32. per tot.*

31. *(Ad Tit. 21.)* suscepta tutela obligatur tutor, primo ut eam recte administret, tum quo ad personam pupilli, tum quo ad res ejus, de quo *tot. tit. de adm. tut. Duar. sb. c. 4. Donel. 15. Com. 19. Rittersh. d. part. 8. cap. 6.* deinde etiam negotiis pupilli adsistat, sive auctoritatẽ pupillo præstet, de quo *tot. tit. ff. & Inst. de auth. tut.*

32. *Authoritas est negotii à pupillo cum alio gerendi aut gesti recteq; cogniti, expressa approbatio l. 3. l. 4. l. 14. eod. l. 1. §. 2. de tutel.* Videndum autem quando ea, & quomodo interponi debeat.

33. Prius ita expediri potest, aut actus est talis quo pupillus conditionem facit, aut facere potest deteriorem, & non valet, nisi authore tutore gestus; aut est talis quo meliorem eam facit, & hic subdistingvendum. Vel enim potest celebrari, ut ne obligetur pupillus, & non requiritur tutoris authoritas *pr. Inst. h. t.* vel non potest celebrari, quin is obligetur, & hoc casu sine authoritate tutoris peragi nequit, ut in *§ 1 Inst. l. 9. § 3. ubi Dd. ff. eod.*

34. Hinc consequitur, iis casibus quib. authoritatem tutoris requiri diximus, neglectâ eâ pupillum non obligari civiliter *l. 5. pr. de auth. tut. l. 43. de O. & A.* Imo, ne naturaliter quidem ullo modo, si infans sit, aut infantiæ proximus: Sin pubertati proximus, obligatur quidem naturaliter hactenus, ut fidejussor possit efficaciter dari *l. 127. de V. O. l. 95. §. 4. de solut.* novatio fieri *l. 1. de novat. l. 25. §. 1. quando dies leg. ced. l. 21. ad l. falcid. l. 64. ad SCtum Trebell. §. 3. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Verum quo ad hunc effectũ, ut obligatio ipsi pupillo noceat, naturaliter non obligatur *l. 59. de O. & A. l. 41. de cond. ind. junct. l. 29. eod.* Ex constitutione D. Pii datur in eum actio *l. 3 pr. Commodat. l. 3. §. 4. de neget. gest.* quæ tamen actio non *nativa* est, sed *dativa*.

35. Porro authoritas interponi debet *in ipso negotio d. l. 9. §. 5. & Inst. eod. §. 2.* id est, statim perfecto negotio, non ex intervallo

l.

l.25.§.jussum ff. de acq. hered. An autem tutor actum à pupillo nec dum gestum probare possit, dubium est, *Cujac.15. obs.31.* affirmat per *l.1.de solut.* Negat *Hotom. 1. resp. amicab.7. per l.31 de usucap. l. 8. de auth. tut.* Nos, modo non sit vaga & in eventum plane incertū collata authoritas, sententiæ Cujacii locū facim9.

36. Restat videamus, quibus modis tutela finiatur, qui quidem alii sunt *communes* omni tutelæ, alii *speciales*. Communes sunt: pubertas pupilli, quæ in mare 14. in fœminis 12. anno destinita est *pr. Inst. h. t.* ubi tamen bene notandum fœminas etiam post 12. annum in tutela mansisse, non *pupillari*, sed *muliebri*, cujus ratione mulier, quod ad certos actus, in perpetua erat tutela nisi adoptata esset, aut in manum mariti convenisset, vid. *Liv. lib. 39 c 9. in fin.* & maxime *Cap. 19 lib 34 c 2 & c.7 in fin. Gell. 5. noct. Attic. c.19. Ulp. de tutel. pr. & §. ult. Boet. in Topic. Ciceron. Contium 2. subsec. lect. c.13 Revard. de jur. ambiguit. lib. 2. c.10. Paul. Montan. de jur. tutelar. c.7. n.46. & seqq.*

37. Communiter omnis tutela finitur morte, vel tutoris vel pupilli §.3. h. t. item pupilli capitis diminutione etiam minima §.2. eod. tutoris vero maxima & media §.4 eod. ut & remotione suspecti, §. ult. eod. excusatione vero non tam finitur tutela, quam non suscipitur.

38. Speciales modi sunt: capitis diminutio minima ipsius tutoris, quia per eam legitima tantum tutela peribat *d. § 4.* item existentia conditionis vel temporis, ad quod datur tutor. Ita enim testamentaria tutela solum perit, cum dativa tutela non recipiat diem & conditionem.

39. *(Ad Tit. 23.)* Hæc de tutela. *Cura est vis ac potestas administrandi bona ejus, qui ipse ob ætatem vel animi corporisve vitium ea administrare nequit.*

40. Ob ætatem curatores dantur puberibus minoribus, donec ad 25. ætatis annum pervenerint, non tamen nisi volentibus, præterquam in litem § 2. h. t. l.13. §. fin. de tut. dat. l. 2. §.5. qui pet. tut. l. 6 C. eod. Neq; tamen hodie necesse est subesse causam lasciviæ, dementiæ, aut id genus aliam, sicut olim lege Lætoria, sed etiam, absque eo sit, ex const. D. Marci tutores finito officio admonere debent minores, ut sibi curatores petant, *l.5. §.5. l.33. §.1. de adm. tut. l.7. C. qui pet. tut.* Adde *l.7. §.2. de minor. l.1. C. qui*

pet.

pet.tut.l.43.§.3.de procur. Et hactenus dicitur recte in *l.1.§.ult. minorib.* non debere committi minoribus rei suæ administrationem quamvis bene rem suam gerentibus. Vid. *Capitolinum in vita M. Antonini Philos. Anton. August. de legib. cap. de lege Laetoria, Ravard.1.Varior.17. Cujac. in l.1. de excusat. Duaren. de Cur. furios. vers. quibus detur Curator.*

41. Non autem eadem est ratio minoris curatorem habentis, quæ pupilli. Quæ enim personam tantum concernunt, minor facere potest, sine curatore. Plane obligatio cùm necessitate astringat, rei al. cujus solvendæ, à minore contrahi nequit, unde si is sine consensu Curatoris, quem habet, contraxit, ipso jure non obligatur. Si n Curatorem non habeat, obligatur quidem ipso jure, salvo tamen restitutionis beneficio, *l.3. C. de in integr. rest*, atq; ita statuo cum *Dd. communi schola* contra *Cujac. ad l.191. de V.O. & 19.obs.33.Vultej. discept.16.*

42. Ob vitium animi datur Curator furiosis ex ipsa lege 12. tabb. & exemplo furiosorum, adeoque exmente legis 12. tab. prodigis, quamvis quoad effectum juris, ut contrahere, ex contractu obligari, & in universum bona administrare, prodigus nequeat, decretum magistratus sit necessarium *l.1.l.10.l.15.de curat fur.l.27 de minorib.l.55 § fin. de adm. tut.l.9.§.7. de reb. cred.*

43. Differentia tamen est insignis inter curatores, qui ob ætatem, & eos, qui ob vitium animi dantur. Illi enim sunt non nisi dativi, nulli testamentarii, quia pater de rebus filii post pubertatem disponere nequit *l.2. de vulg. subst.* nulli item legitimi, quia cum minor testamentum facere possit, & cognatos à successione excludere sane iis, quibus spes succedendi indubia incisa est, tutelæ quoq; onus imponi non debet. Furiosus vero & prodigus, cum testamentum facere nequeant, agnatos suos habent, ex *l.12. tabb.* legitimos tutores; quamvis hodie magistratus aut agnatis curam relinquere, aut ex inquisitione alios dare Curatores magis idoneos possint *§ 3.h.t l.1. vers. sed solent junct.l.13.ff.eod.l.1.C.eod.*

44. Communia Tutoribus & Curatoribus sunt hæc: Primo, quod cogantur satisdare, id est, fidejussoribus datis cavere: Rem pupilli salvam fore. Ex hac occasione quæritur, utrum satisdatio solis fidejussoribus, an vero etiam pignoribus fieri possit.

sit. Distingvendum video non uno modo. Satisdatio, vel est *conventionalis*, vel *legalis*. Et hæc rursum vel *civilis*, vel *prætoria*. Cõventionalis, ut & legalis ea, quæ ipso jure civili introducta est, etiam pignoribus fieri potest *l. 21. in fin. ff. de Constit. pecun. l. 4. §. 8. junct. l. 2. ff. de fideic. libert.* In satisdatione prætoria distingvendum, utrum prætor eam exigat pro re certa, seu certa quantitate, an vero indefinite, pro quantitate incerta, veluti, pro omni eo quod interest. Priori casu, etiam per pignora satisdari potest, *l 2. §. 3. ff. quod leg. l. 1. §. jubet. 9. ff. de collation.* Posteriore vero casu præcise requiruntur fidejussores *l. 7. ff. de præt. stipul. junct. l. 52. de V. O. Novell. 94. in Epilog. Add. l. 1. ff. qui satisd. l. 25. de R. J. l. 6. §. ult. ff. quib. mod. pig. solv. l. 6. §. 1. ff. de mun. & hon.*

45. Hanc tamen satisdationem non præstant tutores dati testamento, vel à magistratibus majoribus, *princ. h. t.* Hi enim magistratus, cum inquisitione, adeoque plene & perfecte tutores dant, unde comparative ad magistratus minores, soli jus tutores dandi habere dicuntur §. *ult. h. t.*

46. Secundo tutores & Curatores hoc commune habent quod excusare se possint justis de causis, seu tutelæ & curæ munus deprecari, ubi duo consideranda veniunt, nempe, quænam causæ excusationem præbeant, item quomodo & quando excusationem præbeant, item quomodo & quãdo excusatio proponẽda. Causę excusatiõũ ex ipso textu hujus tituli peti possũt.

47. Modus proponendi excusationem talis est. Tutor intra quinquaginta dies, ex quo cognovit se datum tutorẽ, debet excusationis causam contestari, ut ait *l. 38. ff. h. t.* id est, coram eodẽ proponere, à quo nominatus est: disceptandæ a. contestationi, seu peragendo negotio, ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt *d. l. 38.* & tum demum à sententia, per quam excusatio est rejecta, appellandum est ad superiorẽ §. *16. h. t.* idq; constit. D. Marci effectum est, cum illi, qui ad munera, & authoritate & utilitate publica, vocantur, causas excusationum non nisi per appellationem interponere possint *l. 1. §. 1. & 2. ff. quand. appell. l. 4. & l. 7. C. de appellat.* Rationem diversitatis vid. apud *Bart in d. l. 1. §. 1. Joan. Fab. ad d. §. 16. h. t. Paul. Montan. de jur. tut. c. 35. regul. 2.* Quod si tamen tutor protinus à nominatione appellare velit, juxta jus vetus quod ante D. Marcum ob-

tinuit, id ei licere existimo, per *l. scire 13. pr. & l. 4. ff. h. t. l. tutores 18. C. eod. l. 17. §. 1. ff. de appellat. l. tutor. 20. de admin. tut.* modo ut res adhuc dum integra sit, quia si coram eodem, à quo datus est, contestari excusationum causas cœpit, ante negotium peractum appellare nequit, & ita nove explico *d. l. 1. § 1. vers. Caeterum ante frustra appellatur ff. quand. appelland.*

48. (*Ad Tit. 26.*) Demum & hoc generale est, quod Tutores ac Curatores, si non ex fide administrent, possint postulari suspecti & ob eam causam removeri, id quod non ex legibus publicorum judiciorum, nec interpretatione prudentum, sed ex ipsa lege 12. tabb. descendit *pr. tit. ult.*

49. Cognitio autem de suspectis tutoribus competit Jure magistratus, citra specialem concessionem, adeoq; etiam mandari potest *l. 1. §. 3. & 4. suspect. tut. l. 4. de offic. ejus cui mand.* neq; contra facit *l. 1. § 11. ad SCtum Turpill.* vid. *Cyn. in l. fin. C. de susp. tut. n. ult. Scip. Gentil. lib. 1. de jurisd. ad Orat. D. Marci c. 5.*

50. Plane si ad infligendam pœnam corporalem, aut aliam majorem agatur, quæ non nisi ab eo infligi possit, qui merum habeat imperium, jure magistratus expediri hæc res non poterit. Cæteroquin suspecti judicium non est publicum, neque accusator inscribit nomen ad pœnam talionis, aut incidit in SC. Turpill. omissa accusatione, habetur tamen hactenus pro publico, ut quivis admittatur ad excusandum *§. 3 & seqq. h. t.*

51. Et quia nunc agitur ut suspecto Tutori adjungatur Curator, nunc ut removeatur, nunc ut insuper puniatur, vel pecuniaria vel corporali pœna, patet, extraordinariam esse & anomalam suspecti postulationem, & proprie neq; civilem neque criminalem dici posse.

52. Remotus, non solum ob dolum, sed etiam ob latam culpam, fit infamis, non item, qui ob levem, vel levissimam culpam. Lata enim culpa æquiparatur dolo non solum in causis civilibus & pecuniariis *l. quod Nerva 32. ff. deposit.* sed etiam in criminibus, sive inde irroganda veniat pœna pecuniaria, sive etiam infamia, vid. *l. 1. § 1. ff. si mens. fals. mod. dix. l. 1. §. 2. ff. si is, qui testam. lib. l. 2. C. arbitr. tutel. l. 42. ff. de V. S. l. 7. § 1. de suspect. tut. l. ult. ff. ubi pupill. educ.*

VINDICIÆ ILLUSTRES DISSERTATIONIS III.

Resp. SIGISMUNDO Findekeller Dresdensi.

aph. 5. & 6.

ITa variis tum Logicorum, tum quoq; Grammaticorum morsibus hanc definitionē lancinari videmus, ut nulla ejusdem ferè particula existat, quæ novum subinde dubium eisdem non pariat. Nos igitur, uti novimus ex *Cic. de Orat. & Philip. nona*, Servium Sulpitium, hujus definitionis autorē, eloquentiæ & Dialecticæ cognitione omnibus suæ ætatis Sophistis eminentiæ palmam præripuisse: ita eundem non quidem exactam voluisse proponere definitionem censemus: sed tamē eam qualem qualem defendi & sustineri posse non ambigimo. Licèt namq; Dd. primam difficultatem moveat genus, quippe de quo primùm litigant, utrum VIS, an per metathesim literarum JUS rectiùs legatur, & posterius hoc magis probent *Græci Interpp. Theophil. ad h. §. 1. & Harmenop. lib. 2. t. 5.* ut & *Alciat. libr. παρέργων 1. c. 28. Petr. Loriot. de Jur. art. 5. 6. de tut. Wesenb. par. ff. h. t. n. 3. & Treutl. v. 2. d. 8. th. 1. l. B.* adducti & decepti interpretatione erronea verbi *vis*, quam proponit *Accurs. ad d. §. 1. & l. 1. ff. h. t. & Ant. Fab. in Jpr. Papinian. de tut. pr. 1.* ubi eam violentam & libertatem impedientem potestatem explicant, hâc falsâ subnixi ratione, quòd tutela munus publicum dicitur *pr. I. de excus. tut.* & consequenter tutor invitus, invito pupillo datur *l. 1. C. de decurion. lib. 10. l. 6. ff. de tut. & Cur. dat. Petr. Greg. 12. Syntagm. 2. n. 2. Aldobrand. ad d. §. 1. verb. vis*: justè tamen illi & suo merito vapulant & taxantur à *Paulo Mont. de Jur. tut. & Curat. c. 2. n. 8. & seq. Vincent. Manzini tr. de tutel. c. 1. n. 8. & 9. Dn. Riem. Dec. 3. q. 1. & Bach. ad Tr. d. loc.* non solùm ob constantem omnium exemplarium lectionem, etiam in Pand. Florentinis juxta *Harprecht. ad h. §. 1. n. 8.* & quâ isthæc satis superq; probatur, factam verbi vis *in §. 2. & l. 1. §. 1. vers. eam vim & potestatem. ff. de tutel.* repetitionem: unde argumentum à conjugatis rectè ducitur *Bach. d. loc.* verùm etiam quia aliis quoq; in articulis juris nostri, ista duo verba: *vis & potestas*, sæpiùs conjuncta repeciuntur, ut ex hic allegatis *ll.* ut & *l. 7. C. de Codicill.* cuivis est ob-

vium. Et prorsus nihil Accursii, ejusq; defensoris Aldobrandini juvat interpretationem præmissa hypothesis: partim quia fini tutelæ non congruit, qui est, ut qui per ætatem se ipsum tueri nequit, per alium defendatur § *pen. I. de Attil. tut.* non autem, quod infert eorum opinio, ut in invitum aliquid statuatur: partim quia eo posito, nec tutor volens, volenti pupillo datus contra *l 9. ff. de tutel.* nec mater aut avia, quæ ad tutelã cogi nequeunt *Nov. 118. c. 5.* tutores rectè dicerentur. Cui non resistit *Aldobrandini ex l. 4. §. 1. ff. de hered. inst.* replicatio, quòd sufficiat communiter invitos tutores invitis pupillis dari: quia Resp. nec cõmuniter illud ita evenire, nec etiamsi fieret, modum constituẽdi externum & accidentalem, definitionem rei essentialem ingredi debere. Quapropter utut verbũ *Jus* possit tolerari, satius tamen fuerit, ob majorem ambiguitatem voculæ jus, attestante *l. pen. & ult ff. de J. & J.* cum communi Dd. schola, pro retinenda dictione *vis*, eandem interpretari amicabilem defensionis & administrationis facultatem, quatenus illa vis ex lege proficiscitur, & non in alium translata, sed ipsi personæ tutoris insita consideratur juxta *Br. in l. 1. h. t. n. 3.* atq; ita cum altera voce *potestas*, conversa se mutuò συνωνύμως declarare dicuntur *Giph. ad h. t. pr.* Hoc ipso jam aliud quoq; aliorum contra modò adstructum genus vibratum & emissum telum, declinatum censemus, quando nimirum quidam propterea vitiosam hanc arguunt definitionem, quia contra Logicorum leges duplex genus; *vim* ac *potestatem*, habere conspicitur: siquidem synonyma, ubi perspicuitati serviunt, in definitione non redundare, pluribus evincat *Goclen. lib. 2. prob. Logic. 44.* & ipse suo exemplo *Philosophus 2. Phys. 1. text. 3.* naturam definiens: ἀρχὴν καὶ αἰτίαν τοῦ κινεῖσθαι καὶ ἠρεμεῖν; id est, principium & causam motus & quietis. Ejusdem namq; perspicuitatis & illustrationis causa illa duo hic combinata esse non dubitamus, ex eo, quod dictio *vis* rariùs, aut ferè nunquã pro potestate ex autoritate quid statuendi usurpata legatur; & similiter verbum *potestas* penè ubiq; cùm ad personas refertur, accipiatur vel de potestate patria, vel dominica, quæ status mutationẽ importat, qua in potestate rectè pupilli esse negantur *pr. I. h. t.* Proinde maximè necessariũ fuit, quò tum durior alioqui dictio *vis* emolliretur, & ambigua vox,

po-

potestas, ab æquivocatione liberaretur, ejusq; acceptio largissima innueretur, utramq; evidentioris intellectus & declarationis gratiâ conjungi. Ineptissimè verò omnium faciunt, qui interpunctis hisce duobus verbis, genus planè novum substituût, videlicet *contractum*, moti fortassis eo, quòd uti *sup. aph. 2.* dicit Autor in *Synops. Attaliata* sub tractatum *de Contract.* rejecta sit tutelæ materia, & insuper speciosâ ad hanc rem *l. 23. ff. de R. J.* cùm non animadvertant, tutelam posse dupliciter accipi, vel quà in se & sua natura, potestatem in pupillum tutori competentem denotat, vel pro ipsa demandati muneris tutelaris administratione ac gestione: & isto priori modo longè dilucidiùs explicari per hæc nostra verba: *vis* ac *potestas*: posteriori verò per quasi contractum, prout hoc respectu in tractatu de quasi contractibus rursus de tutela agi cernimus §. *2. I. de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* Succedunt verba *in capite libero*, quæ non minus quam priora varias Dd. sentẽtias expresserunt, dum alii ad subjectum in quo, sive tutorem, ut *Vincent. Manz in d. tr. c. 1. n 34. Dn. Arum. Ex. 3. th. 2. Dn. Riem. Dec. 3. q. 1.* alii verò & communiùs ad objectum sive pupillum eadem referunt, vid. *Cujac. 21. obs. 23. Duaren. h. t. c. 1. Dn. Ungep. Ex. 4. q. 1. in Neg. Bach. ad Tr. d. th. 1. l. c. Marc. Lyckl. à Nyeh. lib. 1. membr. Ecl. 27.* Quæ posterior opinio, uti Autori probata, ita quoq; verior apparet inde 1. Quia, cùm ex genere potestatis, & verbis finalibus: *Jure civili data ac permissa*, facilè possit constare, servum uti aliorum munerum civilium, ita quoq; hujus esse incapacem *l. 32. ff. de R J.* nihil prætereà opus fuit, tutoris mentionẽ hactenus peculiariter injici; cùm quod generi inest, otiosè in definitiõe speciei repetatur. 2. Quia caput liberum propriè dicitur is, qui jus familiæ habere, ejusq; caput esse incipit *arg. l. 195. §. 2. de V. S.* Sed talis esse debet omnis pupillus tutelæ subjiciendus *l. 6. l. 14 pr. ff. de tutel. l. 28. ff. de test. milit. & l. 6. C. de petit. hered.* non obstantibus *l. fin. § 2. C. de sent. pass. l. pen. §. 2. ff. quod fals. tut.* quas jam conciliarunt *Vult. ad h. §. 1. n. 4. & Harpr. ibid. n. 15. & seqq.* atq; ita pupillum veteres appellare consveverunt testib. *Agellio in Noct. Att. lib. 5. c. 19.* cùm ait: *tutoribus in pupillos tantam esse autoritatem, potestatemq; fas non est, ut caput fidei sua commissum alieni ditioni subjiciat.* & *Cicerone lib. 2. de invent. & lib. 1. Rhetor.* At verò tutor etiam filiusf.

 esse

esse non prohibetur *pr. l. qui test. tut. dar. poss. l. 9. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* 3. Quia, cùm loco differentiæ, generi restringendo ac coarctando adjiciuntur ista verba, novũ quid, & ab aliis potestatis speciebus distinctum continere debent: quod de tutore intellecta non æquè facere, ac si de pupillo exaudiantur, est in proclivi *ex arg. 1.* 4. Quia juxta hanc interpretationem §. 1. cum §. *seq.* meliùs cohærere videtur, dum in §. 1. de objecto, & in quem exerceatur ista potestas: *in seq.* de subjecto, & quis eam vim ac potestatem habeat, agi dicimus. 5. deniq; nec insolens & inusitatum est veteribus, auferendi casum pro accusandi ponere: indicio sit *l.* illa *12. tabb. Si furiosus existit, agnatûm, gentiliumq; in eo pecuniaq; ejus potestas esto:* tum *ll.* aliæ quamplurimæ, puta *l. 65. §. 5. ff. pro loc. l. 12. ff. qui testam fac. poss. l. 6. §. 7. ff. de injust. rupt. & irrit. fac. test. l. 34. §. 2. de leg. 2. l. 85. in fin. de leg. 3.* quas juxta complures alias annotavit *Dn. Ungep. d. loc.* Et hisce nostris rationibus & argumentis nervum plerorumque fundamentorum *d. ff.* jam incidimus, Nec enim *1. obst.* quòd subjectũ sit primo loco ponendum: Quia utiq; istud vi & naturâ potestatis supponitur, cùm nemo ullam habere queat in aliam potestatem, nisi qui sit ipse liber *sup. arg. 1. 2. non mov.* quòd etiam filiif. quos dicebamus posse tutelam gerere, sint capita libera. R. n. 1. Id quidem concedi posse, sed inde nondum sequi: Er. ad tutorẽ illa verba referre oportet: quandoquidem eodem argumentãdi modo possint ad pupillum restringi. 2. Dici potest: Imò juxta superiorem in *arg. 2.* capitis liberi explicationem, non omnem tutorem habere caput liberum, hoc est, jus patrisfam. Quin & 3. quod attinet filiosfam. ex Lege Romuli illos quadantenus liberos non fuisse, cùm patria potestate exeuntes, manumissi, & parentes emancipantes, manumissores dicerentur, teste *Plauto in Mercatore*, ubi manumittere explicat, per caput liberũ facere. Apprimè huc quoq; faciunt *l. 8. ff. de probat.* ubi filius, qui negat se in potestate esse, contendit se liberum esse: & ea quæ *infr. ad aph. 24. & seq.* notavimus. 3 *non etiam adversantur* verba definitionis seqq. *ad tuendum eũ:* quibus juxta nostram hanc explicationem & mentem secundùm Grãmaticorum regulas substituendum fuisset, ad tuendum id. R. n. 1. necesse non esse, ut hæc seqq. cum antecedentibus construantur, sed videri ea verba à

se-

relativo *qui*, regulari, juxtaq; illud flecti. 2. Quia aliàs JCti passim sequuntur Stoicos, videri eosd. hoc in loco ad rem potiùs sive pupillum, quem significabāt, quàm ad verba fuisse intentos, quasi dicerēt: tutela est vis ac potestas in capite libero, ad defendendum unumquemq; , qui seipsum tueri nequit; prout simili planè modo masculinum pro neutro positum licet reperire *in l. 195. §. 2.* ibi: *quotquot capita, singuli. ff. de V.S. Postremò* perquam incongruè nobis opponitur *l. 13. pr. de tut. & cur. dat.* quasi servo quoq; tutor dari possit: Quia R. 1. ibid. non dari tutorem servo quà tali, sed quatenus spem certissimam & proximam libertatis habet, & pro libero quodammodo reputatur. 2. Id fieri ob causam specialem, videl. moram heredis, ne isthæc impuberi noceat *l. 26. §. 1. ff. de fideic. libert.* & bona mox restituenda in tuto maneant.

aph. 9. Quod hic dicitur de tutore à patre Codicillis ab intestato, aut testamento imperfecto dato, eum sc. non admitti, nisi fuerit confirmatus à magistratu, id satis dilucidè probat *l. 1. §. 1. circ. fin. ff. de Confirm. tut.* eamq; confirmationem sine inquisitione fieri debere contendit *Br. in l. 4. vers. 5. cùm à patre ff. de test. tut.* Perperam verò illud prius, de datione ipso jure non subsistente limitant *Vincent. Manzini tr. de tutel. q. 1. add. princ. n. 4. & seqq. & Oldrad. Consil. 138. in fin.* in casu, quo à patre tutor datus est testamento inter liberos ob defectum alicujus essentialis requisiti nullo: quasi talis datio ipso jure subsistat nec confirmatione indigeat per *l. 21. §. ex imperfecto C. de testam.* Quia hujus *l.* dispositio ad solos liberos, non alias personas extraneas, puta tutores, pertinet. Et quamvis possit videri, tutorum quoq; dationem commodum liberorum spectare; dicendum tamen est, istam *l. 21.* ceu correctoriam, cùm non nisi de bonis inter liberos distribuendis agat, ad alia non esse porrigendam: ne alioqui ubi latiùs & ad tutores quoq; eand. dilatare velimus, simul fateri cogamur, etiam à matre, qua de quoq; loquitur *d. §. ex imperfecto.* factam tutoris dationem valituram esse.

aph. 10. Cur mater liberis tutores dare nequeat, rationem adducunt non unam. Potissima videtur esse, quòd tutela sit pars & effectus patriæ potestatis *l. 40. ff. de administr. & per tut. l. fin. C. quand. tut. vel cur. esse desin. juncta l. 12. tubb.* quam his verbis *Ulp.*

in

in Fragm. tit. de tutel. §. *testamento.* recitat: *uti paterfam. super tutela, pecuniaq; sua legassit ita jus esto.* quam in liberos non habere matrem ex *Differt. praced.* plusquam est notissimum. Hanc rationem subsequitur alia *ex l. ult.* § *ult. ff. qui pet. tut. vel Cur.* nimirum, quia judicium matris adeò creditur infirmum, ut ad seligendos dignos tutores sufficiens nō habeatur. Nullo ne igitur modo sollicita mater liberis post mortem educandis prospicere poterit? Imò ut fidei & amoris sui erga liberos aliquod argumentum in destinandis & præficiendis tutoribus mater possit edere, hoc humanitatis causa à legibus datum & inventū est remedium, ut liberos, quibus tutores mater velit dare, heredes testamēto instituat, ac tutores nominatos postmodùm magistratus præviâ inquisitione ob lubricum, ut jam monuimus, consilii, judiciiq: imbecillitatem confirmet: adeoq; sic in rem potiùs quam in personam tutor datus appareat *l. 4 ff. de testam. tut.* cui non obloquitur *l. 4. C. eod.* Quia utut alii pleriq; & ferè cōmuniter huic antinomiæ ceu desperatæ, immite cauterium admoveant, *ex h l. 4.* auferendo particulam negativam *non*, & ita textum constituendo: *quando autem heredes instituerit*, &c. non attentâ conjunctione adversativa *autem*, quam indidem nihil adversi sonare aliunde, & abunde quidem probat *Dom. Ungep. Exer. 4. q. 3. in Neg.* & *Bach. ad* §. *3. I. de tutel.* leniori tamen collyrio quin eidem possim mederi, non despero, & eo quidem, quod vel ostendit *Gl. in d. l. 4* & *Schneidw. ad d.* §. *3. n. 11.* dicendo: Præsides quidem non teneri non instituto filio datum tutorem confirmare: sed posse tamen, si velint, adhibitâ diligētissimâ inquisitione: & hoc propterea, quia tutoris dati à matre filio, confirmatio solùm eo casu necessariò à magistratu ratione officii exigitur, quando filius simul ab eadem heres institutus fuerit *d. l. 4. ff. de test. tut.* aliàs verò arbitrio ejus liberrimo permittitur. *l. 1.* §. *1. ff de Confirm. tut.* quæ permissio nullam necessitatem inducit *l. 40. ff. de judic.* vel etiam possumus *d. l. 4. C. de test. tut.* cum *Dn. Riemero Dec. 3. Coroll. 2.* haut incommodè accipere; de casu quo mater quidem filium heredem non instituit, eidem tamen & in eum alio modo, videl. legando, donando bona contulit: ut horum intuitu mater tutorem assignasse, & adhuc in rem potius, quam in personam dedisse putetur.

aph.

aph.11. Satis hæc probatur sententia verissima per adductos hic textus admodùm perspicuos, quibus partim idem exertè traditur veluti *l. 4. l. 10 §. 2. l. 31 ff. de test. tut. & 77. § 31 ff. de cond. & demonst.* partim rationes & argumenta suppeditantur haut levis momenti. Nam ex *l. 7. pr. de confirm. tut.* à minori ad majus ita potest colligi: Si filio naturali, qui in potestate patris naturalis non est *§. 12. I. de nupt.* datus tutor, etiam nihilo relicto debet confirmari: Utiq; multo magis exheredato, qui patriâ potestate (cujus effectus est tutoris datio *aph. præc.*) non egreditur, uti deinceps probabitur, rectè i. e. sine confirmatione *l. 7. §. 1. ff. de confirm. tut.* dabitur. Fortius argumentum potest duci ex *l 26 §. fin. ff. de test. tut.* in qua JCtus ait: tutorem filio exheredato datum à patre confirmari debere Prætoris decreto, eo solùm casu, quando filius inofficiosi querelam moverit, quò ex eventu rei judicatæ, vel ex testamento, vel ex Prætoris decreto datus judicari possit. Ex testamento quidem, si hoc, filio succumbente, substiterit: à Prætore verò, ubi testamentum per querelâ evacuatum fuerit: quia everso testamento redibat res ad casum intestati *l. 6. §. 1 ff. de inoff. test.* Per consequens eo casu, quo testamentum jure valet, pater quoq; exheredato filio rectè & jure tutorem sine confirmatione constituet. Neq; quenquam offendat, quòd ibidem maximè decretū Prætoris intervenire oporteat: quia illud non propterea interponitur, quasi sine eod. tutor exheredato justè non detur: sed ob dubium litis eventum, & quia institutâ querelâ contingere potest, ut testamentum penitus corruat, atque ita planè nullum exheredatus tutorem habeat. Quin & præter hæc est & alia ratio longè robustissima, nimirum: Quia per exheredationem jus patriæ potestatis & suitas non tollitur: consequenter nec ejus effectus & sequela, tutoris scil. datio *aph. præced.* Illud prius potest probari multis modis, *tùm* quòd jure patria potestas tollatur *Vult. ad §. 4. I. quibus mod. 1. p. p. solv. n. 6.* nec verò ullibi exheredatio inter solvendæ patriæ potestatis modos numerata reperiatur: *tùm* quia idē tantum non expressis verbis dicitur *in l. 7. pr. ff. de inoff. test.* ubi ad effectum querelæ transmittendæ distingvitur, utrùm emancipatus, an qui in potestate est sit exheredatus, ut hic quâdam sui-

tatis potestate querelam præparasse videatur: *tùm* quia cùm pater tutorem daret, nulla adhuc vis exheredationis esse potest, uti mox ex solutione argumenti contrarii liquebit: *tùm* quoq; quia exheredatus patre mortuo, primum in potestate & familia gradum obtinet *arg. l. 9. §. 2. ff. de lib. & posth. l. 6. pr ff. de injust. rupt. & irrit. fact. test.* quippe quibus *ll.* dicitur, nepotem exheredati filiifam. testamentum non rumpere: Cujus nulla potest assignari ratio alia, præterquam quòd exheredatus, ipso puncto mortis testatoris nepotem præcedat, & obstet, ne ad avi hereditatem iste admittatur. Etenim si exheredatus potestate patris exiisset, fieri non posset, quin illud testamentum nepos subintrans in locum parentis, hujus jure gaudens, rupisset *l. 1. & l. 3. d. t. ff. de injust. rupt. &c.* *tùm* deniq; quia etiam exheredato pupillariter potest substitui *l. 1. §. 2 ff. de vulg. & pup. subst. & §. 4. I. de pupill. subst.* quod patriam potestatem arguit *l. 2. pr. ff. d. t. & pr. I. eod.* Neq; nobis adversatur, quòd hereditas sit quasi individuum suitatis adjunctum, ejusq; effectum *l. 11. ff. de lib. & posth.* quo negato, etiam causa negata videatur. Resp. namq; totum argumentum concedi posse, si casus jam cum effectu aditæ hereditatis, & testamenti validi supponatur, & suitas intelligatur successionis, non adgnationis: non verò ubi hereditas ex testamento cum effectu nondum est adita; quo de casu nos loqui manifestum satis est, cùm de jure patris adhuc viventis quærimus; quo tempore licèt filium testamento pater exheredem scripserit, nulla adhuc vis exheredationis esse potest, ô solùm, quia ob liberrimũ voluntatis arbitriũ idem testamẽtũ mutationi est obnoxium *l. 1. C. de SS. Ecl.* verùm etiam quia uti viventis nulla est hereditas *l. 1. ff. de hered. vel act. vend. l. 19. ff. de acquir. vel omitt. hered.* ita nec testamentum nisi morte confirmatum ullas vires habet. Sed nec mortuo patre ante hereditatem cum effectu aditam, filio exheredato jus filii penitus est abscissum. (ut obiter respondeam *ad l. 9. §. 2. ff. de lib. & posth.*) quia multis modis exheredatio in nihilũ & irritum redigi potis est, vel facto alterius, repudiante sc. herede scripto *l. 20. pr. ff. de bon. poss. cont. tabb. & l. 184. ff. de R. J.* vel ipsius filii, evacuato testamento per inofficiosi querelam. Hinc, dum non tam per ipsam exhere-

rionem, quam per testamenti confirmationem filius ab omni successione removetur, apparet, patrem adhuc vivum filium etjam exheredatum, inter suos heredes, cùm moritur, habere, ejque tutorem rectè præficere posse juxta *l. 73 §. 1. ff. de R. J* quam ob hanc ipsam rationem absurdè contra nos adducunt *Forster. Disp. ad Inst. 4. th. 4. Hottom. lib. 6. Obs. c. 5. Wes. ad §. 3. I. de tutel. n. 2.* Omnium verò maximè judicii sui imbecillitatem produnt, qui in *l. 53. ff. de V. S.* aliquid præsidii ponunt, ita ex eadem inferendo: Si tutor sine pecunia dari nequit: utiq; nec exheredato, cui nihil ex bonis relinquitur, rectè dabitur. Etenim istorum verborum quæ ex *l. 12. tabb. sup. aph. præced. ex Ulpiani Fragm.* adductâ sunt deprompta, hautquaquā ea est sententia, quasi tutor nemini possit dari, nisi qui etiam heres instituatur, adeoque ad heredem referri debeant: sed hoc potius de testatore intellecta volunt; neminem qui de tutela disponere satagit, illud cum effectu facere posse, nisi simul etiam de pecunia rei suæ, hoc est, ad patrimonium spectante, heredem instituendo disposuerit; propterea sc. quod sine heredis institutione, ceu basi & fundamento *§. 34. I. de leg.* testamentum valere & subsistere nequeat *Gedd. in d. l. 53. n. 7.* Alias enim quid tutelæ cum patrimonio est commercii, cùm tutor non causæ aut rei *§. 4. I. de test. tut.* sed personæ detur *l. 14. ff. eod.* cùm pater etiam rectè tutorem liberis constituat, tametsi omnium bonorum usumfr. matri reliquerit *l. 18. C. de excus. tut.* Ita nobiscum statuunt *Dn. Ungep. Exerc. 4. q. 3 in Ajo. Bach. ad Tr. V. 2. D. 8. th. 2. l. B. ibi: exheredato & V. 2. D. 12. th. 2. l. B. ibi; sed de illo. Donell. lib. 3. Com. Jur. Civ. c. 4. Harpr. ad §. 3. I. de tutel. n. 13. cum multis seqq.*

aph. 12. Licèt quoad tutorem confirmatum non simpliciter definiendum videatur, ad quam classem iste referri debeat: siquidé ratione dantis maxima quoq; in confirmatione sit diversitas, & modò plus, modò minus magistratus conferat: non jure datum tutorem confirmando vel simpliciter, & citra inquisitionem; veluti si pater emancipato filio tutorem dederit *§. ult. I. de tut. l. 1. §. 2. ff. de confirm. tut.* vel cum inquisitione & satisdatione, ut datum à patrono patruo, matre, & iis, qui jus tutoris dandi non habent *sup. aph. præced.* adeò, ut ex ea ipsa ratione ineptos prorsus eos appellitet *Bachov. ad §. 3. I. h. t. & ad Tr. V. 2. D. 8. th. 2.*

l.c. ibi: & hic tutor. qui sine distinctione ad hanc quæstionem: *Utrum confirmatus tutor dativus an testamentarius potius dicendus sit?* categoricè affirmando vel negando respondere ausint. Isto tamen susq; deq; habito, non dubitat noster Autor hîc adstruere, omnem omninò non jure datum & confirmatum tutorem alteri speciei honorariorum sive dativorum accensendum esse, utut non diffiteatur, eundem quoq; plurima cum testamentario habere communia. Quam Autoris sententiam ita probari posse existimo 1. Quæ non jure, minùs rectè, inutiliter, & frustra fiunt, ea ad paria judicantur cum iis quæ planè non fiunt *l.1.§.2. ff. quod cujusq; univers. nom. l.6 ff. qui satisd. cog.* sed confirmando tutor non jure *l.39 §.2. ff. de admin. & per tut. l.4. ff. de testam. tut. l.32. ff. de excus. tut.* nõ rectè *l.2. pr. ff. de cõf. tut. & l.2. C. eod.* inutiliter *d.l.39. §.9. l.3. C. de cõf. tut.* & frustra *l.28. §. ult ff. de test. tut.* datus perhibetur. Et talis perinde habetur, ac si datus nõ fuisset. Quod si nõinatio (ita rectius vocatur quã datio juxta *Aldobrãd. ad d §.3. h.t.*) ejusmodi tutoris citra confirmationem nullius est momenti, & omne robur ac validitatem tutor designatus mutuatur à confirmatione: non sanè incongruum fuerit, eundem ad id referri, quod in eo prævalet *arg. l.10. ff. de stat. hom. l.15. in fi. ff. de testib.* Nam quamvis ad minorem prioris syllogismi regerat dissentiens *Dn. Ungep. Ex 4. q. 2. in Neg.* eam veram esse de tutoribus, qui nondum confirmati sunt, non autem de jam cõfirmatis. Resp. tamen, id ipsum sufficere ad intelligendum, utrũ eorum, qui nominarũt, an magistratûs opera prævaleat: Quod posterius eo ipso concedere videtur, dum uti jam monuimus, ejusmodi nominationem ante confirmationem nullius esse momenti fassus est. 2. Alterum nostrum argumẽtum tale esto: Si is tutor dicitur magis dativus, quam testamentarius, qui filio exheredato, cui alioqui pater rectè tutorem præficit *supr. aph. praeced.* datus, in casu motæ querelæ inofficiosi decreto Prætoris confirmatur: sequitur quod multo magis ad dativos referri debeat datus filio, cui jure testamento tutor non præstituitur. Ratio consequentiæ est, quia in hujus sustentatione plus adjumẽti & fulcimenti, quàm in illius, magistratus confert. Atqui prius est verum per *l.26. §. fin. ff. de test. tutel.* quâ dicitur, tutorem filio exheredato datum, & Prætoris decreto confirmatum, dativum dicendum esse, ubi per querelam testamentum fuerit evacuatũ.

Et

Ergò etiam posterius. Nec attendendum quod idem *Dn. Ungep.* hîc objicit, nimirum; cùm per querelam filio obtinente, & testamentum ipsum, & omnia ejus accessoria evertantur *l. 8. §. 16 ff. de inoff. test.* & res redeat ad casum intestati *l. 6. §. 1. d. tit.* dubiô procul omnem autoritatem ex Prætoris decreto tutorem consequi: At verò secus esse, ubi testamentum validũ supponatur, veluti hoc nostro câsu. *Quia* resp. potest: Id quod de subversione accessoriorum testamenti dictum est, verum quidem esse de Jure ff. sed idem esse à Justiniano mutatum *Constit. Nov. 118. c. 3.* quippe sub cujus finem perspicuè satis dicitur, testamentum quoad heredis institutionem corruere, reputatis aliis (inter quæ etiam tutoris datio numeratur) in eo testamento relictis, quasi testamentum nunquam esset rescissum *infr. Diss. 9. apb. 86.* Ut sic in tali tutore & testamentum & Prætoris confirmatio maximè concurrant, sed Prætoris tamen decretum quoad denominationem præponderet. 3. Ex *l. 3. §. 1. ff. de test. tut.* ita argumẽtor: Eos demum & solùm testamento tutores datos accipere debemus, qui Jure dati sunt: Sed testamento dati confirmandi jure non dantur *sup. arg. 1.* Er. Excipit hîc quidem rursus *Dn. Ungep.* dupliciter. 1. majorem ita limitando: eos demum testamento ita datos accipere debemus, ut confirmatione non egeant, qui jure dati sunt. Verùm potest regeri 1. verba d. l. generalia, quibus definitio tutorum testamento datorum proponitur, non pati hanc restrictionem, nisi fortè aliam dictorum tutorũ generaliorem definitionem ostenderit, quod ille non facit, nec faciet unquam. 2. Prædictam limitationem potiùs pertinere ad prædicatum, quàm subjectum majoris, sic ut testamento dati nulli alii habeantur, nisi qui jure, hoc est, ut explicat *l. 1. §. 1. ff. de confirm. tut.* ita dati fuerint, ut confirmatione nulla indigeant: atq; ita consequenter illi, qui adhuc confirmatione opꝰ habẽt, testamentarii non sint. *Deinde* excipit ad phrasin illam, *jure datum esse:* & dicit, etiam confirmatum tutorem jure esse datum, si non à testatore, tamen à magistratu, qui eum confirmavit. Er. adhuc subsistere, etiam confirmatum tutorem testamentarium esse. Attamen rursus dupliciter potest replicari 1. verba, jure datum esse, ibi non ita laxè accipi & intelligi debere, ut ad alterã quoq; dativorum speciem referantur, ne fœdissimè τριχοτομία

 illa

l.c. ibi: & hic tutor. qui sine distinctione ad hanc quæstionem: *Utrum confirmatus tutor dativus an testamentarius potius dicendus sit?* categoricè affirmando vel negando respondere ausint. Isto tamen susq; deq; habito, non dubitat noster Autor hîc adstruere, omnem omninò non jure datum & confirmatum tutorem alteri speciei honorariorum sive dativorum accensendum esse, utut non diffiteatur, eundem quoq; plurima cum testamentario habere communia. Quam Autoris sententiam ita probari posse existimo 1. Quæ non jure, minùs rectè, inutiliter, & frustra fiunt, ea adparia judicantur cum iis quæ planè non fiunt *l. 1. §. 2. ff. quod cujusq; univers. nom. l. 6 ff. qui satisd. cog.* sed confirmando tutor non jure *l. 39 §. 2 ff. de admin. & per tot. l. 4. ff. de testam. tut. l. 32. ff. de excus. tut.* nō rectè *l. 2. pr. ff. de cōf. tut. & l. 2. C. eod.* inutiliter *d. l. 39. §. 9. l. 3. C. de cōf. tut.* & frustra *l. 28. §. ult ff. de test. tut.* datus perhibetur. Et talis perinde habetur, ac si datus nō fuisset. Quod si nōinatio (ita rectius vocatur quā datio juxta *Aldobrād. ad d §. 3. h. t.*) ejusmodi tutoris citra confirmationem nullius est momenti, & omne robur ac validitatem tutor designatus mutuatur à confirmatione: non sanè incongruum fuerit, eundem ad id referri, quod in eo prævalet *arg. l. 10. ff. de stat. hom. l. 15. in fi. ff. de testib.* Nam quamvis ad minorem prioris syllogismi regerat dissentiens *Dn. Ungep. Ex 4. q. 2. in Neg.* eam veram esse de tutoribus, qui nondum confirmati sunt, non autem de jam cōfirmatis. Resp. tamen, id ipsum sufficere ad intelligendum, utrū eorum, qui nominarūt, an magistratûs opera prævaleat: Quod posterius eo ipso concedere videtur, dum uti jam monuimus, ejusmodi nominationem ante confirmationem nullius esse momenti fassus est. 2. Alterum nostrum argumētum tale esto: Si is tutor dicitur magis dativus, quam testamentarius, qui filio exheredato, cui alioqui pater rectè tutorem præficit *supr. aph. praced.* datus, in casu motæ querelæ inofficiosi decreto Prætoris confirmatur: sequitur quod multo magis ad dativos referri debeat datus filio, cui jure testamento tutor non præstituitur. Ratio consequentiæ est, quia in hujus sustentatione plus adjumēti & fulcimenti, quàm in illius, magistratus confert. Atqui prius est verum per *l. 26. §. fin. ff. de test. tutel.* quâ dicitur, tutorem filio exheredato datum, & Prætoris decreto confirmatum, dativum dicendum esse, ubi per querelam testamentum fuerit evacuatū.

Et

Ergò etiam posterius. Nec attendedum quod idem *Dn.Ungep.* hîc objicit, nimirum; tùm per querelam filio obtinente, & testamentum ipsum, & omnia ejus accessoria evertantur *l.8. §.16 ff. de inoff.test.* & res redeat ad casum intestati *l.6. §.1. d.tit.* dubiò procul omnem autoritatem ex Prætoris decreto tutorem consequi: At verò secus esse, ubi testamentum validũ supponatur, veluti hoc nostro cāsu. *Quia* resp. potest: Id quod de subversione accessoriorum testamenti dictum est, verum quidem esse de Jure ff. sed idem esse à Justiniano mutatum *Constit. Nov.118. c.3.* quippe sub cujus finem perspicuè satis dicitur, testamentum quoad heredis institutionem corruere, reputatis aliis (inter quæ etiam tutoris datio numeratur) in eo testamento relictis, quasi testamentum nunquam esset rescissum *infr. Diff.9. aph.86.* Ut sic in tali tutore & testamentum & Prætoris confirmatio maximè concurrant, sed Prætoris tamen decretum quoad denominationem præponderet. 3. Ex *l.3.§.1.ff.de test.tut.* ita argumẽtor: Eos demum & solùm testamento tutores datos accipere debemus, qui Jure dati sunt: Sed testamento dati confirmandi jure non dantur *sup. arg.1.* Er. Excipit hîc quidem rursus *Dn. Ungep.* dupliciter. 1. majorem ita limitando: eos demum testamento ita datos accipere debemus, ut confirmatione non egeant, qui jure dati sunt. Verùm potest regeri 1. verba d. l. generalia, quibus definitio tutorum testamento datorum proponitur, non pati hanc restrictionem, nisi fortè aliam dictorum tutorũ generaliorem definitionem ostenderit, quod ille non facit, nec faciet unquam. 2. Prædictam limitationem potiùs pertinere ad prædicatum, quàm subjectum majoris, sic ut testamento dati nulli alii habeantur, nisi qui jure, hoc est, ut explicat *l.1.§.1.ff. de confirm.tut.* ita dati fuerint, ut confirmatione nulla indigeant: atq; ita consequenter illi, qui adhuc confirmatione opꝰ habẽt, testamentarii non sint. *Deinde* excipit ad phrasin illam, *jure datum esse:* & dicit, etiam confirmatum tutorem jure esse datum, si non à testatore, tamen à magistratu, qui eum confirmavit. Er. adhuc subsistere, etiam confirmatum tutorem testamentarium esse. Attamen rursus dupliciter potest replicari 1. verba, jure datum esse, ibi non ita laxè accipi & intelligi debere, ut ad alterã quoq; dativorum speciem referantur, ne fœdissimè τειχοτομία

illa tutelæ proposita in *l 52. C. de Episc. & Cler.* vertatur in δυχο-τομίας, dativis tutoribus sub testamentarios relatis, dum ita juxta *Dn. Ungep.* colligere liceret: Qui jure dantur tutores, isti sunt testamentarii: sed non solùm testamento, verùm etiam à magistratu jure dantur, secundùm *Dn. Ungep.* Er. etiam à magistratu dati erunt testamentarii. 2. Repugnat quoq; isthæc ejus explicatio communi usui verborum & phraseos: *jure dati*, in hac materia tutoria; quandoquidem illa, ut & contraria, *non jure, non rectè*, semper referantur ad tutorem testamentarium, ac jure riteq; datus tutor intelligatur, *si & à quibus oportet, & quibus oportet, & quando oportet, & ubi oportet datus fuerit d. l. 1. §. 1. ff. de confirm. tut.* 4. Quartum argumentum ita formo ex *l. 1. C. de testam. tutet. l. 1. & l. 2. C. de Confirm. tut.* Ex forma res omnis cognoscitur *l. 9. §. 3. ff. ad exhib. & l. 80. §. 1. ff. ad L. Falcid.* Sed accedente demum confirmatione ad non jure datum testamento tutorem, is ipse tutor esse cognoscitur. dd. modò *ll. C. de test. tut. & de Confir. tut.* Er. confirmatio magistratus erit minus jure testamento datorum tutorum forma. Si hoc. Certè juxta suam formam honorarius is melius rectiusque quàm testamentarius nuncupabitur. In hoc argumento aliter formato, quia illationem & consequentiam negare non potest *Dn Ungep.* nihil quoque est reliquum, in quo statuminando diutiùs immoraremur, cùm minor quæ fortassis sudes est in oculis, *ex dd. ll.* luce clarissima radiet. 5. Deniq; addi potest, quòd ita confirmati, disertè dativi appellentur ab *Ulp. in Fragm. Inst. tit. de tutel. §. testamento quoq; 15.* Accedimus nunc argumenta ejus probatoria, singulorum excussuri probandi validitatem. *Primò* sic colligit: Qui tutor præcedit matrem & aviam in tutela, ille est testamentarius: ratio, quia soli testamentarii tutores matrem & aviam antecedunt *Nov. 118. c. 5. vers. hæc enim.* Atqui tutor à magistratu confirmatus præcedit utramq; , dum præfertur omnibus legitimis *d. Nov. c. 5. l. 1. 2. & 3 ff. de Confirm. tut.* Er. confirmatus à magistratu erit testamentarius. *Ad* hoc arg. potest responderi tripliciter. 1. quidem ad minorem: eam adhuc esse dubiam juxta *Saycet. ad l. 2. C. de Confirm. tut.* quin imò prorsus falsam, ex ea ipsa ratione, si velimus admittere, quòd cõfirmatus tutor solis legitimis præferatur. Nã hinc õninò videtur sequi; E. ó matri aut aviæ, cũ hæ tutoribus *in d. c. 5. & Aut. Matri & Aviæ. C. quand. mat. tut. off. fung.*

fung. opponantur, adeoque eorundem ambitu comprehendi haudquaquam possint: quod ipsum præterea hinc evadit manifestius, quia matris & aviæ tutela nequaquam est legitima, sed anomala, & extra ordinem à Justiniano introducta, ita ut illæ non sicut reliqui agnati eam suscipere cogatur, sed ipsis potiùs, si velint, permittatur *infr. aph. 18.* 2. Etiamsi largo modo aviæ & matris tutela legitima possit dici: Illud tamen, quòd confirmatus omnibus legitimis præferatur, ex *dd. ll.* nondum probari videmus. 3. Insuper utcunq; fateamur, unum aut alterum, atque etiam hoc, ut tutori legitimo confirmatus præferatur, eundem participare de testamentario, quod ipse Autor *hoc aph.* lubens concedit: Inde tamen nondum sequitur, ipsum quoq; confirmatum protinus testamentarium reddi: sicubi ob eandem hanc rationem *Dn. Ungep.* negat fluere: hactenus similis est confirmatus dativo, quòd ante confirmationem non obligatur administrationi. Er. confirmatus erit dativus. Nam *quæ conveniunt in uno tertio, ea non protinus inter se conveniunt*, uti norũt pueri Logicorum. *Secundum* argumentum ducit à comparatis sic institutà collectione Quemadmodùm curator non rectè testamento datur *l. 7. C. de test. tut. l. 1. §. ult ff. de Confir. tut.* datus verò & confirmatus est testamentarius *l. 7. ff. rem pup. salv. for.* Ita quoq; tutor minus jure datus, & confirmatus erit testamentarius. Ast potest ad id responderi: prius comparationis membrum à quo colligitur ad tutorem, adhuc ex eadem ratione esse dubiũ, quæ dubietatem movet circa tutorem, cùm uterq; *in l. 2. C. de Confir. tut* & passim hactenus conjungantur. Sed & apertè falsum id esse, non solùm ab omnibus tenetur communiter, quando unam tantùm curatelæ speciem, dativam sive honorariam agnoscunt *in §. 1 I de curat.* ubi dicit *Aretin. & Jas. de Plat.* ita testamento datum ipso jure nullum esse: verùm etiam satis liquidò probatur per *l. 7. C. de test. tut.* cujus verba sunt: *testamento non posse dari curatorem non ambigitur.* Quod igitur attinet citatam *l. 7. ff. rem pupil. salv. for.* R. indidem tutorem & Curatorem conjungi non quod uterque & dativus & testamentarius sit, sed ut alterutrum vel etiam utrumque nomen referatur ad eum, cui alioqui de jure sive unum sive utrumq; competere certum est, quemadmodum non rarò plura brevitatis studio conjuncta videmus,

quæ

quæ nũ nisi absurdissimè pariter ad singula retuleris. Exemplo sit *l.12.ff.de adopt.* ubi quæ arrogationis sunt propria, simul quoque de adoptione in specie sic dicta enunciantur: Unde si hoc concludendi medio quis uti velit, facilè elici posset contra *D.ff. præced. aph.70. & ibi notata*: sicut arrogatum in arrogatoris familiam transire novimus, ita & adoptivum in patris adoptantis potestatem migrare: ex ead. nimirum ratione, quia de utraque specie verbo adoptionis generali idem prædicatur. Similiter quis non rideret eum, qui ex conjunctione contractuum, quæ fit *in l.32 ff de R.J.* vellet inferre: In mandato, vendito & commodato eod. modo culpam & dolũ præstari oportet, propterea, quia hactenus illa ibidem conjuncta reperiuntur. Uti igitur transitus in potestatem ex natura arrogationis & adoptionis, & forma præstationis doli culpæve ex cujusq; contractus ingenio, & regula *l.5. ff. Commod.* æstimari debet: ita pari ratione censemus, genuinam *d.l.7.* explicationem, ex natura cujusque tum curæ, tum tutelæ jam præsupposita repetendam, adeoque prius illud, quòd etiam testamento rectè curatores dantur, demonstrandum esse. *Deinde* haut parum lucis *d.l.7.* suffundit *l.3. ff.de Confirm.tut.* in qua dicitur, ita confirmatum perinde habeat, ac si testamento datus esset, non quidem totaliter, verùm hactenus duntaxat, ut satisdatio eid. remittatur. Quamvis igitur uti subanteà dictum est, quoad hoc tertiũ confirmatus cum testamentario conveniat, non tamẽ statim per omnia eadem esse sequitur. *Tertium* argumentum, quod tale est: Si tutores confirmandi ante confirmationem sunt testamentarii *l.pen.C.de Confirm.tut.* Er. etiam tales erunt post confirmationem: laborat vitio ἀσυλλογισίας, cùm nulla sit consequentia: Ab initio & ante confirmationem ejusmodi tutores inutiliter & de facto, sunt testamento dati: Er. post confirmationem erunt jure testamẽto dati. Quoniam confirmando magistratus non justificat ipsam tutoris dationem, ut jure dati videantur, qui minus jure testamento dati sunt: sed solùm quoad constitutionem tutoris judicium testatoris, aliis personis, quæ sibi tutelæ gerendæ videbantur idoneæ, præfert *l.32.ff.de excus.tut.& l.3.§.fin. ff.de administr.& peric.tut.* suaq; autoritate tutelæ præficit. Quapropter invertimus potiùs & ita retorquemus hoc ipsius argumentum:

Si

Si ab initio, & ante confirmationem nominatio ejusmodi tutorum non subsistit, sed vim omnẽ & validitatem suam mutuatur à magistratus confirmatione: Sane tutores illi potiùs honorarii & à magistratu dativi quàm testamentarii reputabuntur. Ejusdem quoque monetæ & momenti est argumentum *quartũ* ex Petro fabricatum, quippe quo nihil aliud infertur, nisi utile debere mutuari & accipere denominationem ab inutili contra suprlaudatam *l.10.ff. de stat.hom.* & ipsam rationẽ humanã, quæ cuivis sano dictitat, infirmius magis à potentiore quam vicissim appellationem haurire debere. Reliqua duo argumenta, desumta à quibusdam qualitatibus, tali confirmato cum testamentario communibus, cùm & nos meris lubentiis largiamur, quoad nonnulla confirmatũ testamentarii naturam sapere, nõ identitatem utriusque, sed ratione quorundam saltim tertiorũ convenientiam important, & hinc scopum & nos non feriunt. Tandem monendum est, hautquaquã ex nostra hac assertione, quâ magistratus confirmatione dativos effici statuimus, illud absurdi sequi: Er. legis quoq; confirmatio faciet ex tutore testamentario legitimum: quia quatuor in isto argumento sunt termini, dum causa confirmans proxima & immediata cum remota confunditur. Etenim quoad hanc omnis quidem tutela potest dici legitima, quia à legibus civilibus ea qualis qualis est, introducta dicitur § *1. I. de tutel.* Verùm quoad causam proximam triplex ista efficitur, & alia dicitur *legitima*, quæ immediatè ex sola lege citra alicujus hominis factũ obvenit; legitimos n. tutores nemo dat sed lex 12. tabb. facit *l. 5. pr. ff. de leg. tut.* alia *testamentaria* quæ ex permissione legis per testamentum ritè defertur: alia deniq; *dativa* quæ à magistratu ipso constituitur *l. 5. C. de autor præst. l. 52. C. de Episc. & Cler.* eodem modo, quo omnis hereditas ratione causæ remotæ potest dici legitima, quatenus non solùm facultas testandi à l. 12. tabb. conceditur, sed & ab ipsa lege defertur: cum tamẽ respectu causæ proximæ, duæ sint diversæ species, *testamentaria*, quæ ex testamento & voluntate hominis: & *legitima* quæ citra intermedium ab ipsa lege competit *l. 17. §. 1. l. 77. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Quando igitur nos dicimus per cõfirmationem magistratus dativum effici, intelligimus non confirmationem illam legis remotam, de qua

S ipsius

ipsius *Dn. Ungep.* subsumtum loquitur: sed immediatam & proximam & quæ operâ magistratus expeditur, nomenq; peculiare sibi quæsivit. Postremò tantum abest ut *Diss.* sententiam defendat *l. fin. C. de auctor. præst.* prout quidem existimat *Dn. Riem. Dec. 3. q. 4.* ut nostram potiùs propugnet apertissimè, eo ipso, dum in proposita trimembri tutelæ divisione, ex inquisitione dati, ad dativos sive à magistratu constitutos explicitè referri videmus. Atq; ita defendendam esse censeo hanc sententiam, quã attingunt potius quam pertractant *Dom. D. Foman Disp. ad Inst. 5. th. 5. l. F. Dn. Arum. Exerc. Iust. 3. th. 6. Vult. ad §. 2. n. 3. I. de tutel. Tr. Vol. 2. D 8. th. 2. l. C. Alberic. de Rosat. ad l. neq; n. 1. C. de Confirm. tut. Harpr. ad §. ult. I. de tutel. n. 19. & seqq.*

aph. 13. Nihil hic *aph.* alit difficultatis, omni proposito satis superque per allegatas *ll* probato. Quocirca rationem duntaxat istius diversitatis libet annotare, quæ vulgò talis reddi assolet. Cum propriè loquendo aliter filii, aliter nepotes appellari soleant *§. fin. J. qui test. tut. dar. poss. l. 6. ff. de test. tut.* nulla hîc subesse videtur satis urgens necessitas ac consequẽter æquitas, cur, uti quidem aliàs non rarenter fieri novimus *ex l. 59. ff. de rit. nupt. l. 1. junct. l. 14. ff. ad SCt. Mac. l. 6. C. eod. l. 84. l. 201. & l. 220. ff. de V. S.* à proprietate vocabuli recedi, & appellatione filiorũ, ulterioris gradûs liberi comprehendi debeant: quandoquidem constet, quod, licèt avus nepotibus tutorem non dederit, aliquem tamen & tutiorem, cum inquisitione sc. & satisdatione datum à magistratu habituri sint *infr. aph. 29. Ant. Fab. Jurisp. Papin. tit. de tut. pr. 1. illat. 36.* ubi hanc nostram assertionem limitat in casu, quô fortè testator filiis carens, nepotibus nomine filiorũ tutorem dedisset, ut tum horum nomine etiam nepotes veniant, ne nihil egisse testator videatur. Ita verò demum & nepotibus & posthumis testator rectè tutores constituit, si post mortẽ avi in potestatem patris non sunt recasuri *l. 1. § ult. ff. de test. tut. d. §. 4. I. de tut. l. 63. §. 1. ff. de R. J.* quia qui vel est, vel futurus in alterius potestate, tutore nullo indiget: cùm tutela sit remedium subsidiarium, quo defectibus minoris ætatis succurritur *l. 5. ff. de tut. l. 32. §. 2. ff. de acquir. poss.* Porrò huic, quod de posthumo hîc dicitur, non resistunt *l. 20. ff. de tut. & Cur. dat. l. [illegible] ff. de eo qui pro tut. neg. gest.* quibus asseri videtur, cum, qui [illegible] natus

tus

tus est, tutorem habere non posse. Quia Resp. non negari in *dd. ll.* quin posthumo tutor dari possit, sed solùm quòd antequam is natus fuerit, tutor ventris nondum esse intelligatur, siquidem posthumo detur quodammodo sub conditione, postquam iste natus fuerit, sive jam spe pupillo *l.29.§.fin.ff.de test.tut.*

aph.14. Quatenus tutela sit & dicatur *h.pr.* munus publicum, jam *sup.ad Diff.1.aph.42.* dilucidavimus. Quapropter quia tale est licèt ratione adjuncti, inde benè infertur, quòd etiam filiusfamilias testamento tutelæ præfici possit: *l.37.§.2.ff. de admin. & per.tut.l.21.ff.de tut.& ratio.distrah. arg. l.9.ff. de his qui sui vel al. jur. l.6.ff.quod cujusq; univ. nom. l.14. pr. ff. ad SCt.Trebell.l.2 ff.de muner.& bon.* non attentâ *l. 21.ff.ad L.Jul. de adult.* quâ dicitur: neminem in sua potestate alium habere posse, qui ipse non sit suæ potestatis: quoniam ea exaudiri debet de eod. potestatis genere, cujusmodi non esse patriam & tutoriam *not.ad aph.5.& 6.* jam pluribus evicimus. Dubium verò haut leve movere possit *l. 3.ff.qui test.fac.poss.* quâ etiam testamenti factio, ratione adjuncti, ut *Diff.1. d. aph.* notavimus, juris publici dicitur: & tamen nihilo magis filiofam. testari permittitur *pr. I. quib. non est perm. fac.test.* Unde inferendum videtur: Et adinstar denegatæ testamenti factionis, tutela quoq; filiofam. rectè denegabitur. Verùm non exigua inter hæc duo subest & succurrit diversitas. Illa namq;, testamenti factio præter personæ omnimodam libertatem etiam requirit bona, de quibus quis testetur *Ulp. in Frag. tit. 20.§ filiusfam.* hæc verò, tutela, nonnisi personæ ad tuẽdum habilitatem desiderat. Illa præterea filiofam. manifestè ac disertè interdicitur, & denegatur per *l. 12. tabb. uti paterfam.* (non filiusfam.) *super pecunia &c. Ulp. in Frag. de tut. §.13* hæc verò non item. Proinde quia de hac nihil specialiter quoad arcendum filiumfam. est à ll. dispositum, meritò ad regularem officiorum publicorum naturam recurrimus, & *arg. sup. dd. ll.* statuimus; filium quoque familias tutelæ muneris, ceu publici sustinendi capacem esse & habilem.

aph.15. Quoniam servitute à nostratibus ad inclementiores barbaros relegatâ, perexiguâ videtur hujus esse quæstionis utilitas: ac præterea hîc proposita opinio *citatis textib.* satis validè munita: Idcircò omissâ latiore *dd.txx.* inductione, aliorumq;

S 2 ar-

argumentorum, quæ cumulatè suggerunt *Don. 3. Com. Jur. Civ. c. 4. ibiq; Hillig. l. K. Harpr. Ad §. 1. I. quib. test. tut. dar. poss. Dn. Ungep. Ex. 4 q 4. in Ajo.* conquisitione supersedens, eò solùm annitar, ut hic posita obstacula *l. 10. ff. de test. tut. & l. 9. C. de fideicom. libert.* commodè tollam & removeam. Quod igitur attinet *ad l. 10.* ista nihil quicquam nostræ sententiæ adversi continet, cùm, uti benè observavit *Don. d. loc. & Hunnius lib. 1. V. R. tr. 4 q. 9.* ibidem à proprio servo ad alienum ducatur argumentum nō quoad speciem, & qualitatem libertatis, quasi utriq; sive purè, sive cum conditione tutores in testamento scripti fuerint, eadem & quidem fideicommissaria libertas competat: sed ratione generis & hactenus, quòd uterq; ob tutelam delatam, si modò eandē suscipere & sustinere velit, libertatem consequi debeat: non expresso, utrum eadem an diversa libertate potiantur, quippe quòd, uti mox subjiciam, ex dantis in datum potestate petendū & explicandum relictum est. Hanc enim nostram declarationē evidentissimè probant illa *d. l. 10. circa fin.* notatu dignissima verba: *cùm pupilli favore, & publicæ utilitatis adsumta libertas sit in persona ejus, qui tutor scriptus est.* ac si vellet *Ulp.* dicere: Licèt quoad servum alienum (quia potestatem in servum testator nō habuit) datio nulla videri possit; æquum tamen est, ut etiam extraneus servus tutor quodammodò sub conditione institutus, libertatem habeat Attende rationem *in d. vers. cùm pupilli:* Nō enim tam sibi fructuosa est hæc servo tutori libertas, quàm potiùs favor pupilli & publicæ utilitatis idem exigit. Hæc universa certè magis pro libertate in genere impetranda, quàm ejusdē qualitate distingvenda militant, ac propterea sic meliùs & rectiùs intelliguntur; quia posterius hoc de diversitate libertatis, illo priori deciso, de facili, & sua sponte sequitur, ex eo quidē, quatenus testator vel ipse potestatem in servum habuerit, eūq; manumittere, ac directam conferre libertatem potuerit: vel extra potestatem constitutum, non nisi sub conditione fideicommissaria (si dominus servi voluerit) liberum efficere voluerit. Neq; audiendus est hic *Gœbaus. part. 1. per. Acad. 7. q. fin.* dum ait: imò ex eadem decidendi ratione, ad ejusdem libertatis dationē concludi: siquidem id duntaxat is affirmet, non confirmet, prout quidem nos hactenus contrarium satis validis firmavimus

ra-

rationibus. Adhæc pro nostra adsertione stabilienda ita firmissimè concludendo colligo: Quibus verbis servus tutor datur, iisdem quoq; libertas eid. relicta debet censeri verbis nimir. directis directa, precariis verò fideicommissaria § *pen. & ult. J. de sing. reb. per fideic. relict.* Ratio consequentiæ est, quoniam tutela causa efficiens dicitur libertatis *arg. l. 5. C. de necess. serv. hered. inst.* Atqui servo alieno non nisi verbis precariis, iisq; vel explicitis vel tacitis tutela mandari potest *d. l. 10 §. 4.* Semper enim hæc conditio *cum liber erit* dationi tali inesse creditur: Servo a proprio, tam directè, quàm per fideicommissum tutela potest mandari, per vulgata. Et quoad speciem libertatis hi duo nequaquam simpliciter conferri poterunt. Hic quidem vellicat autem Antagonista, ita insusurrans. Hæc quidem vera sunt & conceduntur, quoad expressam tutelæ vel directò, vel per fideicommissum delationem, non autem ubi nullis expressis verbis tutela purè defertur. Sed heus tu quisquis es. Unde quæso in hac lege fit, quòd purè datus servus alienus, intelligatur tamen sub conditione, *cùm liber erit*, datus, & ex æquitate libertas fideicomm. relicta? Nonne ex eo, quod in extranei testatoris potestate non sit, invito domino servum alienũ potestate eximere, eumq; suis liberis tutorem præficere? Hæccine verò an in servo quoq; proprio locum inveniunt? Absonus sanè fueris quisquis id asserere ausis. Quocirca ex concessis ita arguo: Quicunq; purè, simpliciter & directò jubet servum proprium esse tutorem, is directam simul quoq; collatam cupit libertatem. Consequẽtiæ rationem peto ex notissimo Logicorum Canone: *qui vult consequens, necessarium quoq; velle & quantum in se est, promovere creditur antecedens, l. 2. ff. de J. dict. l. 1. §. 1. ff. si ususfr. petat.* & cõstat, tutorem neminem nisi liberum esse posse *l. 7. C. qui dar. tut. poss. l. 21. ff. de test. tut.* Atqui in *d. l. 10.* si ponamus servum propriũ purè & directò à domino tutorem fuisse datum. Idem utique dominus etiam statim hunc suum servum liberum velle præsumitur. Quomodo igitur quæso verba *hujus l.* finalia: *nisi voluntas apertissimè refrigetur:* tam ad proprium, quàm alienum servum ut ambobus eandem libertatis speciem adsignes, rectè retuleris? Sed imò dabo etiam hoc, pro more non insolito, ex abundante, *in d. l. 10.* quoad speciem libertatis utrumq; servum

S 3 con-

conferri: Non tamen protinus exinde obtinebis, quod servo etiam proprio purè tutori dato fideicommissaria duntaxat libertas debeatur. Ita namq; colligere deprehendo Ulpianum: Si servo proprio potest per fideicom. deferri libertas, & similiter quoq; tutela: benè etiam servo alieno in casu, si purè fuerit institutus tutor, fideicōmissaria libertas defenditur. Ratio nāq; dubitandi in servo alieno, quo minus is tutor possit dari hæc intercedebat: quoniam poterat contingere ut longiori temporis intervallo, nimir. usq; ad impletum fideicom. & subsecutam manumissionem: vel etiam penitus, utpote si noluerit dominus manumittere, pupillus indefensus maneret: ea propter ne irrita & nulla istiusmodi redderetur tutoris datio, eandē prohiberi, quàm permitti satius fuerit. Attamen vicit decidendi hæc ratio, Imò per fideicommissum deferri tutelam novum non est, sicuti etiam servo proprio fideicommissaria possit relinqui libertas & tutela, sc. si verbis precariis eundem tutorem dominus testator dederit. Hinc deniq; concludit *Ulp.* Ergò & servo alieno benè defenditur libertas fideicommissaria, & quidem sive expressâ conditione: *cùm liber erit*: sive purè, alienus servus tutor datus fuerit, cùm utroq; casu semper conditio manumissionis intelligatur. Hactenus igitur servus proprius & alienus æquiparantur, quòd quo minus fideicommissaria libertas utriq; relinquatur, nihil prohibeat: At verò de modo relinquendi servo etiam proprio nihil ibidem disponitur; quem utrobiq; diversum esse, ex modò dictis, ut arbitror, certius est, quàm Solem in meridie lucere. Durior nodus videtur hærere *in l. 9. C. de fideicom. libert.* in quo solvendo non infimæ notæ, & famæ vulgaris Dd. vires defecisse deprehendimus. Sed quoniam præstat qualem qualē subtili animo excussam & inventam conciliationem admittere, quàm aperti arguere mendacii Imperatorem, qui nullā dissonantiæ querelam in hoc suo Justitiæ templo agnoscit *l. 2. § 15. C. de V. J. E.* Ideoq; etiam hoc in loco præ cæteris arridet *Donelli d. loc. ejusq; Enucleatoris l. P.* opinio, quam *Vincentio Manzini tr. de tut. q. 2 sec. quæst. princ n. 13.* acceptam referunt, & sequuntur cum aliis Neotericis *Dn. Rsem. Dec. 3, q. 3. Dn. Ungep. Exerc. 4 q. 4.* qui putant, *in h. l. 9.* codicillis aut epistolâ, aliave ultimâ voluntate infirmâ, atq; ita per fideicommissum servum proprium tu-

torem fuisse datum: id quod ipsum haut obscurè verba, per fideicommissum manumittere (quæ non hîc modò, verùm etiã *in l.28.§.1.ff. de test. tutel.* & *l.51.§.4.ff.de fideicom.libert.* cõspicua idem quod *in l.24.§ 10 ff.d.t.de fideic.lib.* per fideicommissum liberum esse jubere, denotant, adeoq; immeritò ab *Anton. Fabr. Jpr.Pap. de tut.pr.1.illat.42.* ex hac *l.* exturbantur) exprimunt: & illa sub finem rejecta verba: *nisi aliud defunctum sensisse evidēter appareat*, non parum confirmant. Tunc enim, uti gravissimè scribit *Dn.Ungep.d loc.* evidenter apparet, testatorem aliud sensisse, cùm is servum proprium purè dederit, per superiorem Logicorum huc applicatum & explicatum Canonem. Multiplices alias hac de re sentẽtias diversissimas, cui lubet pervidere, is adeat *Dn.Arum.Ex.Just.3.th.9.Dn.Frantz.Exer.3.q.2.Dn.Riem.* & *Dn.Ungep.dd.loc.Bach.ad Tr.V.2 D.8.th.2.l G.Harpr.ad §.1.I.qui test.tut.dar.poss Gæb.d.par.1.per. Acad.7.q.fin.Connan.lib.2.Com. Jur.Civ.c.4.n.8* & qui meritò numerum & januam claudit *Oleman.ad Disp. Giphan 5.n 18* Unum hoc adjicio: nisi superioris in vestibulo hujus quæst. mei promissi essem memor, non me deficerent rationes & fundamenta solidissima, quibus sententiã Bachovii & eorum, qui Juris quandam veteris & novi statuunt differentiam possit everti ac destrui. Cæterum uti monui, ne parum utili q. cæteroqui fugitivum tempus deteram, isthoc omne consi ctui reservo.

aph.16. Ratio cur patri etiam sub conditione, ex certo tempore, & ad certum tempus tutorem testamento dare conceditur *l.8 § 2.* & *l.11 ff.de testam tut.* non autem magistratui *l.6.§ 1.ff. de tutel.* est hæc satis urgens & evidens, quòd speret testator, Prætorem vel usq; dum conditio extiterit, aut dies venerit, vel etiam post finitum terminum, filiis suis fore optimè consultum *arg.§ 1.I.de Attil.tut.d.l.11.Piagg.in tr.de tutor.q.3.n.43.* id quod in dativo neutiquam procedit, *tùm* quia tutela honoraria est actus legitimus, qui diem & expressam conditionem non recipit *l.77.ff.de R J.ibiq; Philipp.Matth.n.64.tùm* quòd nullo ex testamento dato, nisi vel lex, vel magistratus prospexerit, nemo supersit, qui post legem vel magistratum vacantis tutelæ tempora suppleat: atq; hoc modo usq; dum conditionis existentia expectatur, pupilli bona neglectui habeantur & pereant, ut inquit

conferri: Non tamen protinus exinde obtinebis, quod servo etiam proprio purè tutori dato fideicommissaria duntaxat libertas debeatur. Ita namq; colligere deprehendo Ulpianum. Si servo proprio potest per fideicom. deferri libertas, & similiter quoq; tutela: benè etiam servo alieno in casu, si purè fuerit institutus tutor, fideicōmissaria libertas defenditur. Ratio nāque dubitandi in servo alieno, quo minus is tutor possit dari hæc intercedebat: quoniam poterat contingere ut longiori temporis intervallo, nimir. usq; ad impletum fideicom. & subsecutam manumissionem: vel etiam penitus, utpote si noluerit dominus manumittere, pupillus indefensus maneret: ea propter ne irrita & nulla istiusmodi redderetur tutoris datio, candē prohiberi, quàm permitti satius fuerit. Attamen vicit decidendi hæc ratio Imò per fideicommissum deferri tutelam novum non est, sicut etiam servo proprio fideicommissaria possit relinqui libertas & tutela, sc. si verbis precariis eundem tutorem dominus testato dederit. Hinc deniq; concludit *Ulp.* Ergò & servo alieno benè defenditur libertas fideicommissaria, & quidem sive expressa conditione: *cùm liber erit:* sive purè, alienus servus tutor datus fuerit, cùm utroq; casu semper conditio manumissionis intelligatur. Hactenus igitur servus proprius & alienus æquiparantur, quòd quo minus fideicommissaria libertas utriq; relinquatur, nihil prohibeat: At verò de modo relinquendi servo etiam proprio nihil ibidem disponitur; quem utrobiq; diversum esse, ex modò dictis, ut arbitror, certius est, quàm Solem in meridie lucere. Durior nodus videtur hærere *in l. 9. C. de fideicom. libert.* in quo solvendo non infimæ notæ, & famæ vulgaris Dd. vires defecisse deprehendimus. Sed quoniam præstat qualem qualē subtili animo excussam & inventam conciliationem admittere, quàm aperti arguere mendacii Imperatorem, qui nullā dissonantiæ querelam in hoc suo Justitiæ templo agnoscit *l. 2. § 15. C. de V. J. E.* Ideoq; etiam hoc in loco præ cæteris arridet *Donelli d. loc. ejusq. Enucleatoris l. P.* opinio, quam *Vincentio Manzini tr. de tut. q. 2 sec. quæst. princ n. 13.* acceptam referunt, & sequuntur cum aliis Neotericis *Dn. Riem. Dec. 3. q. 3. Dn. Ungep. Exerc. 4 q. 4.* qui putant, *in h. l. 9.* codicillis aut epistolâ, aliave ultimâ voluntate infirmâ, atq; ita per fideicommissum servum proprium tu-

to-

torem fuisse datum: id quod ipsum haut obscurè verba, per fideicommissum manumittere (quæ non hîc modò, verùm etiã in l.28.§.1.ff. de test. tutel. & l.51.§.4.ff. de fideicom. libert. cõspicua idem quod in l.24.§ 10 ff. d.t. de fideic. lib. per fideicommissum liberum esse jubere, denotant, adeoq; immeritò ab Anton. Fabr. Jpr. Pap. de tut. pr.1. illat. 42. ex hac l. exturbantur) exprimunt: & illa sub finem rejecta verba: nisi aliud defunctum sensisse evidẽter appareat, non parum confirmant. Tunc enim, uti gravissimè scribit Dn. Ungep. d. loc. evidenter apparet, testatorem aliud sensisse, cùm is servum proprium purè dederit, per superiorem Logicorum huc applicatum & explicatum Canonem. Multiplices alias hac de re sentẽtias diversissimas, cui lubet pervidere, is adeat Dn. Arum. Ex. Just. 3. th. 9. Dn. Frantz. Exer. 3. q. 2. Dn. Riem. & Dn. Ungep. dd. loc. Bach. ad Tr. V. 2 D. 8. th. 2. l G. Harpr. ad §. 1. I. qui testam. tut. dar. poss Gœb. d. par. 1. per. Acad. 7. q. fin. Connan. lib. 2. Com. Jur. Civ. c. 4. n. 8 & qui meritò numerum & januam claudit Oleman. ad Disp. Giphan f. n 18 Unum hoc adjicio: nisi superioris in vestibulo hujus quæst. mei promissi essem memor, non me deficerent rationes & fundamenta solidissima, quibus sententiã Bachovii & eorum, qui Juris quandam veteris & novi statuunt differentiam possit everti ac destrui. Cæterum uti monui, ne parum utili q. cæteroqui fugitivum tempus deteram, isthoc omne conflictui reservo.

Aph. 16. Ratio cur patri etiam sub conditione, ex certo tempore, & ad certum tempus tutorem testamento dare conceditur l. 8 § 2. & l. 11 ff. de testam tut. non autem magistratui l. 6. § 1. ff. de tutel. est hæc satis urgens & evidens, quòd speret testator, Prætorem vel usq; dum conditio extiterit, aut dies venerit, vel etiam post finitum terminum, filiis suis fore optimè consultutum arg. § 1. I. de Attil. tut. d. l. 11. Piagg. in tr. de tutor. q. 3. n. 43. id quod in dativo neutiquam procedit, tùm quia tutela honoraria est actus legitimus, qui diem & expressam conditionem non recipit l. 77. ff. de R J. ibiq; Philipp. Matth. n. 64. tùm quòd nullo ex testamento dato, nisi vel lex, vel magistratus prospexerit, nemo superfit, qui post legem vel magistratum vacantis tutelæ tempora suppleat: atq; hoc modo usq; dum conditionis existentia expectatur, pupilli bona neglectui habeantur & pereant, ut inquis

quit post *Br. in d. l. 6. §. sub conditione. Vincentius Manzini de tutel. q. 3. sec. q. princ. n. 1. in fi.* Hanc rationem licèt periculosam appellet *Jason. ad Port.* propterea, quòd etiam plures sint magistratus, qui possint tutores dare, ita ut detrectante uno simpliciter tutorem constituere, alter adiri queat. Nullum tamen video ego periculum ex ead. metuendum, partim quia falsum est Romæ cuivis magistratui tutoris datione fuisse concessam *inf. aph. 26.* partim quia si quilibet magistratus novisset, sub conditione sibi licere tutorem dare, posset unus & alter, quin & tertius ac deinceps alius diem vel conditionem adjicere; cùm nemo non magistratuum jurisdictionis suæ tuendæ causâ jure sibi competente foret usurus. Accedit deniq; & hæc ratio, quòd Judex & magistratus actus suos non suspendat, & imperfectos relinquat, cùm potissimùm eo tempore magistratus imploretur officiũ quô præsente eorum autoritate opus est *Bach. ad § 3. n. 1. I. qui test. tut. dar.* Quare verò non certæ rei, aut causæ permissum sit, à testatore tutorem constitui *h. §. 4, l. 12. l. 13. & seq. ff. de test. tut.* causa jam dd. locis hæc assignatur: quia personæ non rei vel causæ tutor datur; id quod ipsum indicare quoque videntur illa definitionis *sup. aph 4.* propositæ & propugnatæ verba: *ad tuendum eum*, quippe quæ hactenus inter curatorem & tutorẽ non exiguam important & indigitant differentiam, quòd ille rebus administrandis *l. 8. C. de nupt.* hic verò personæ defendendæ potissimùm præficiatur *l. 1. ff. de min. l. 1. de tut.* ut sc. tutor pupillum bonis moribus instruat, & salaria præceptoribus ac magistris præstet *l. 12. §. 3. ff. de administr. & peric. tut. l. 4. ff. ubi pup. educ. deb. & l. fin. C. de alim. præst.* licèt secundariò & per consequens etiam rebus datus intelligatur *§. 17. I. de excus. tut. Manzin. d. q. 3. sec. q. princ. n. 3. Paul. Montan. tr. de tut. c. 4 n. 18.* adeo ut nec tutor possit dari personæ pupilli deductis rebus, ita ut alter easdem administret *l. 12. ff. de test. tut.* Quibus non contradicit vel *l. 4. ff. de tut. test.* ubi tutor à matre datus potiùs in rem, quàm in personam datus dicitur: quia, ut apparet *sup ex aph. 10.* is tutor propriè & revera non est, nec jure datus, sed solùm sustinetur ex benignitate, & præsumta matris erga liberos affectione calidissima: vel etiam *l. 15. ff. d. t. de test. tut.* quia quoad eam non dubito eorum amplecti sententiam, qui autumant, speciale

quip

quippiam obtinere in bonis ita longè, & ultra 100. lapidem dissitis. Nam cùm propter tantam loci distantiam tutor datus potuisset excusari *l.21.§.2.ff.de excus.tut.* utiq; necessariò aliũ istis bonis tutorem constitui oportuit, quemadmodùm in pluribus aliis ob necessitatem summam, & pupillorum favorem à regula *d.§.4.* & reliquarum *ll.* deflexum novimus, utpote in tutore dato ad constituendam dotem *Ulp.in Fragm, de tut. §. 19.* ad adeundam hereditatem, si tutor datus provocaverit *l.17.§.1.ff. de appell.* Et hæc solutio magis probatur, quàm *Gipbanii, Bachov.& Harpr. ad h.§.4.* quando volunt *in d.l.15.* non tutelam ipsam, sed patrimonii administrationem esse divisam: quia ibid. 1. non administratoris rei Africæ, sed tutoris injicitur mentio: nec 2. de administratione duntaxat isthæc lex concipi poterat, quam cõstat arguente vocula, *tamen,* exceptionem à regula legis præcedentis (quam de ipsa tutela loqui ex supr. dictis infallibiliter sequitur) continere.

aph. 18. Ideò matris & aviæ tutelam vocat Autor cum laudatis Dd. extraordinariam, quia, utut naturaliter æquum videbatur, eum, qui speraret commodum successionis, etiam onus tutelæ sequi *l.1.l.3.ff.de leg.tut.arg.l.10.ff.de R.J.* nullâ admissa sexûs differentiâ; primus tamen ab hac regula, ex ipsis, ut loqui amat *Paul.Mont.de Jur.tut.c 7.n.33.* naturæ præcordiis depromta deflexit, Q. Mutius Scævola: &, quia noverat, pudori matronali minimè convenire sæpius in publico, virorum cœtui immixtam conspici *c.2.de Judic.in 6.* maximè verò, quòd ad res pupillares diligenter administrandas, consilio & prudentia opus sit, mulieres autem ob sexûs infirmitatem & consilii lubricum, ut & rerum forensium ignorantiam, inhabiles existant *l.4.C. de sponsal.* censuit, ut ademtâ licèt tutelæ administratione, hereditas nihilominus apud easdem remaneret *l.73.ff.de R.J.* Quem deinde secuti *Ulp. in l.1.§.1.ff.de leg.tut.* Hermogenianus *in l.10. eod.* Neratius *in l.fin.ff.de tutel.* & Alexander *in l.1.C.quand.mul. tut.off.fung.* tutelam munus & officium virile generaliter statuerunt, ita ut vocatis ad tutelam legitimis successoribus, istæ nequaquam intelligerentur: donec tandem Imper. Justinianus sublato juris agnatici & cognatici discrimine, omnes ab intestato venientes indifferenter ad tutelam vocasset: hoc insu-

T per

per & extra ordinem addito, ut matri & aviæ, etiamsi a
proximioribus agnatis anteverterentur, *si voluerint* (ob
differentiam harum & reliquorum legitimorum, qui agn
reditate simul quoq; tutelam suscipere cogũtur *l. 3. C. de l*
cùm harum arbitrio liberrimo permittatur) esset concel
exclusis omnibus aliis, ob summum in liberos amorem a
tatem, eorum tutelam suscipere *Nov. 118. c. 5. & Aut. matri &*
C. quand. mul. tut. off. sub hac tamen conditione & modo,
assumtione tutelæ, utraq; apud acta promittat, se ad secu
vota non esse transituram *Nov 94. l. fin. C. d. t. quand. mal.* si
(dum tutela species quædam intercessionis habetur *teste C*
ad Nov. 22. pag. 181. & substantia sive bona tutoris pupillo h
thecâ obligantur) beneficio Scti Vellejani renunciet *d. Au*
tri & aviæ & d. l. fin. quod posterius extrajudicialiter fieri
posse defendemus cum *Castrens. in l. ult. § pen. ff ad Sct. Ve*
ibid. Matt Wes. ad tit. C. ad Sct. Vellej. n. 27. Dn. Arum. Disp. a
12. th. 7. Bach. ad Tr. V. 1. D. 25. th. 4. l. E. Gœbaus. part. 1. per. Ac
37. Anton. Merend. Controv. Juris lib. 2. c 36. n. 2. Contra *Fa*
lib. 2. controv. c. 60. Anton. Hering. de fidejuss. c. 6 n. 466. Dn. U.
Ex. 15. q. 8. Dn. Ludwell. ad Wes. tit. ad Sct. Vellej.

aph. 23. Hoc in loco duo videntur maximè nostram ope
expetere. 1. Demonstrare, quòd in locum ignis & aquæ i
dictionis successerit deportatio: & 2. quod hæc ad media c
pitis diminutionem rectè referatur. Utrumq; expediemus
vibus. *Primùm* licèt satis exertè & expresè probent hîc a
ctæ ll. juxta cum *l. pen. §. ult. ff. de extraord. cognit.* ibi: *cum i*
aqua inter dicitur, quæ in persona deportatorum evenit: dubiu
men movere video Accursio ad *Nov. 22. c. 13. verb. deportatio*
Treutl. Vol. 2. D 31. th. 6. l. C. textus, quibꝰ tanquam disparata
duo posita apparent cujusmodi sunt *§ 2. I. de cap. demin § 2*
publ. jud. l. 1. §. 2. de leg. 3. l. 4. § 1. & § 2. ff. qui test fac. poss. l. 24 C.
donat. int. vir. & ux. l. 1. C. de repud. l 18. ff. de stat. hom. l. 5. pr. ff.
capit. min. & l. 38. ff. de solut. & liber. ita ut horum impulsu p
ille non dubitaverit scribere *d. loc.* aliud esse deportationem
aliud ignis & aquæ interdictionem: eiq; subscribere non ha
rit *Tr.* Cæterùm uterq; movetur ratione non usque adeò p
gnante & valente, cùm non modò ob textus hîc ab Autore

tatos plusquam manifestos, verùm etiam propter rationē mox subjungendam, prænotatæ in speciem pugnantes leges, optimè possint intelligi & accipi non disjunctivè, sed conjunctivè sive explicativè, quatenus una per alteram ceu notior, melius explicari creditur: ut hinc lectio vulgata *d l.1 §.2. de leg.3* quæ habet: *si quibus aqua & igni interdictum est id est deportati*, multò probabilior videatur quàm Florentina, quæ legit: *item deportati*; sicubi eandem haut leviter confirmet *Justin. in Nov.22 c.13.* quando scribit: *Deportatio quam aqua & igni interdictionem vocant nostræ leges.* Et qui quæso dici potest aliter, cùm ratio inductæ ignis & aquæ interdictionis non patiatur, ut pro diversis isthæc duo habeantur. Etenim quantùm ex *Brissonio 3. select. antiquit. c.5. & Paul. Manut. de ll. Romanis mihi p.158* datur conjicere, causæ receptæ interdictionis hæc erat. Cùm civibus Romanis olim nullo crimine, excepto perduellionis, nec civitas, nec spiritus posset eripi, & tamen interesset Reipub. ne impuniti delinquentes abirent, hæc inventa est puniendi ratio, ut scelerati usu aquæ & ignis interdicto, iis subsidiis, quæ vitæ sustentandæ maximè sunt necessaria, destituti, urbem excedere cogerentur; eoq; facto ipse si quodammodò civitate privarent, & hoc modo extra urbem prehensi certo loco mancipari poterant. Hæc obliqua deportandi ratio perduravit usque ad Imperatorum tempora, qui, uti locupletissimè testatur Dionis memoria *lib.56 pag 584.* legē condiderunt, ut quibus aqua & igni erat interdictum, continuò morari prohiberentur, aut si deprehensi fuerint, in Insulam, quæ quinquaginta millia passuum à continenti distaret, deportarentur, ibiq; degerent, nec lautè nimis viverent. Hinc cùm postmodùm rectà & initio statim libera vagandi potestas deportatis adimeretur, vigore sententiæ in Insulam certam iisdem alligatis, sanè manifestissimum evadit, deportationem in locum ignis & aquæ interdictionis successisse. At hoc ipsum quicquid est, cum *Bach. ad Tr. d. loc.* eatenus acceptum & intellectum velim, ut etiam posterioribus temporibus, pœna ignis & aquæ interdictionis non penitus sublata existimetur, sed omnino aliquis adhuc, maximè in absentes, ejusd. usus superfuerit *arg. d. l.18. ff. de stat. hom. l.5. pr. ff. de cap. min. & l.38. ff. de solut. & lib.* quod idem latiùs confirmant & exe-

quuntur *Hillig. ad Don. lib. 6. Com. c. 7. l. L. Dn. Riem. Dec. fin. q. fin. Cujac. 6. Obs. 39. Alterum* quod in *h. aph.* venit dilucidandum est *l. 5. ff. de extraord. cogn.* quippe quæ primâ facie gravissimè huic, quod de deportatiōe hîc adstruitur, obstare videtur: circa quā tot penè Dd. observare licuit sententias & dogmata, quot in Africa feruntur muscæ, ita ut propemodùm subdubitarim cui album meum calculum adjicerem. Etenim uti nimiùm distortas verborum infartiones, & explicationes semper quàm maximè potui, aversatus sum, dum animi monstrosi ac distorti indicinam easdem habebam: ita religio mihi fuit, unicâ literulâ amputatâ, quod facili labore hîc posset fieri, aliisq; nō est infrequens, totius textus constitutionē adjuvare. Ut igitur utrūq; scopulum prætervectus aperiam, quàm planè nihil nobis *h. d. l. 5.* obsistat; age rem ita determinabo. Primùm nullus dubito cum *Dn. Riem. Dec. 3. q. 6 Bach. ad* §. *2. I. de capit. dim. & M. Lyck. à Nyeb. lib. 1. memb. Ecl. 22.* verbo (magna) utramq; capitis diminutionis speciem, & maximam & mediam contineri, respectu sc. habito ad minimam capitis diminutionem *arg. l. 1. §. 8. ff. ad SC. Tertull. l. 1. ff. de usu & ususfr. leg. junct. l pen. in fi. C. de ususfr. & habit.* prout novimus, non rarò in jure exactam diligentiam complecti & exactissimam, & quoq; eam, quam diligens paterfam. rebus suis adhibet, non autem eā, quæ latæ culpæ oppōitur. Hoc dato, necesse est utriq; speciei explicādæ aliquod subjici exemplū, quæ, cum *Alber. Gentil. 3. Lect. c. 10. & Dn. Riem. d. loc.* textum sic constituēdo demonstro: *Consumitur* (sc. existimatio) *quoties magna* (sive maxima, sive media) *cap. diminutio intervenit, id est,* (1. exemplum) *cùm libertas adimitur, vel* (2. exemplum) *uti cùm aqua & igni interdicitur, quæ in persona deportatorum venit: vel* (3. exemplum) *cùm plebejus in opus, &c.* Et hanc vocis *veluti* disjunctionem ideò magis probo, quàm violentam alicujus syllabæ avulsionem, quia ut testatur *Anton. Augustin. & alii,* in Pandectis Florentinis nullæ aut rarissimæ distinctiones sunt conspicuæ, unde facilè evenire potuit, ut dissocianda fuerint conglutinata & vicissim, quemadmodum de hoc jam suo seculo ob siglorum usum Justinianum nostrum conqueri novimus *ex l. 1. §. 13. C. de V. I. E.*

aph. 24. & 25. Facilimum sanè foret hujus quæstionis implicatæ

ĉatæ nodum explicare, si prius constaret, qua in re status filiorum fam. per emancipationem fuisset mutatus. Vox enim status, quin sit valde ambigua, omni caret scrupulo & dubio, hinc, quòd idem in emancipato nunc mutari §.3. *I. de capit. demin. Ulp. Fragm. tit. de tut.* §. 12. nunc salvus existere dicitur *l.* 1. §.8. *ff. ad SC. Tertull.* Istius igitur verbi significatis priùs determinatis controversiam ipsam aggrediar. Status hominis potest constitui duplex, *publicus & privatus*. *Ille* dicitur honoris & dignitatis, una voce, existimatio, *l.* 5. §. 2. *ff. de extraord. cogn.* cujus mutatio toties accidit, quoties in eâ causam quis incidit, quâ fama ejusdem apud viros cordatos prægravari possit *d. l.* 5. *Privatus* multis modis accipitur: vel *latissimè*, pro omni jure, conditione ac qualitate hominum tam liberorum, quàm servorum: Ita *rubrica ff. de stat. hom.* æquipollet *rubrica Inst. de Jure person.* & confutantur illi, qui servos personam habere negant: vel 2. *arctissimè* pro qualitate homini competente, quâ civitatem Romanam consideras, & per maximam duntaxat & mediam, non autem minimam capitis diminutionem tollitur § 1. 2. & 3. *I. de cap. dimin.* vel *strictè & propriè* pro qualibet cujusvis hominis conditione, quam ratione quoq; familiæ habet, quæ mutari dicitur, quoties vel filiusfam. sui juris, vel paterfam. alieni juris efficitur, quod arrogatione & emancipatione solet contingere *l.* 4. §. *pen. ff. de gradib.* De arrogatione quidem res est satis liquida, quâ nimirum ratione status mutatio & quidem in deterius eveniat; cùm ejus, qui in alterius familiam & potestatem transfertur, statum in deterius mutari, ac capite hinc minui nemo hactenus negaverit. At verò circa emancipationem non levis suboritur dubitatio, quo nam modo contingat filiifam. emancipati capitis deminutio, sive status ejusdem in deterius mutatio. Nã quod pleriq; modernorum obtendunt, id fieri ob conditionem servilem, in quam emancipatus trinâ intercedente venditione, ut tradit *Ulp. in Fragm. tit. qui in potest. mancip. sunt & c. pr. Caj. 1. Inst. tit.* 6. §. 3. inducebatur: verum quidem est per *l.* 3. §. 1. *ff. de cap. min.* sed tamen dubium redditur ex §. 3. *I. eod.* ubi civitatem retinere emancipatus, & civis permanere dicitur, id quod ipsum certè conditionem servilem sua natura excludit: cùm in servili constitutus conditione Juris Civ. & civitatis planè sit inca-

pax *l. 32. ff. de R. J.* Imò si imaginaria ista servitus vera esset capi-tis diminutionis in emancipato causa: Sequeretur utiq;, quod emancipatus & civitatem & libertatem simul amitteret, quod utrumq; tamen penes eundem manere *n* § 3. traditur. Attamen nisi me fallunt rationes omnes, potest huic, quod etiam *Bach. ad d.* §. 3. movere, sed non amovere video, commodè ex natura fictionis responderi. Ita scilicet. Imaginariâ illâ venditione, in servilem conditionem redactum fuisse emancipatum nó quoad ipsum statum, ut hunc mutasse diceretur: sed quoad aliquas duntaxat statum servilem consequentes effectus, qui concernunt partim jus agnationis, ut neq; ad tutelam admitteretur §. *fin. I. de leg. agn. tut.* neq; ex *l. 12. tabb.* ut suus vel etiam ut agnatus posset succedere §. *9. I. de her quæ ab intest.* partim obligationes, dum contrahendo ita penitus non obligabatur, ut Prætor suo Edicto restitutorio ejusdem obligationes validas & efficaces reddere coactus fuerit *l. 2. §. 1 ff. de cap. minut.* Etenim ex innumeris Juris nostri locis novimus, idque ipsum, si Deus vires & vitam suppeditaverit, tractatu quodam peculiari *de Fictionib.* edocebimus; fictiones uti in jure nostro sunt frequentissimæ, ita non ultra legislatoris præstitutum operationem suam posse extendere, sed intra præfixos ab eodem limites subsistere; in tãtum, ut nonnunquam plus, interdum minus, plerunq; verò idẽ operentur quod veritas. Et quid mirum? sicubi non alius de fictionibus quicquam potest disponere, quàm is ipse, qui quoad in veritate legis dispositio attendi debeat, edicit. Cum igitur (ut ad rem redeamus) hoc nostro casu solùm quoad prædictos servitutis effectus, salvâ relictâ libertate, & civitate, emancipatos pro servis haberi fictione, Legislatori placuit: nihil certè absoni statuerimus, si eosdem in imaginariam servitutem abire, nec tamen libertatem amittere dixerimus. Quod cùm ita se habeat, & verò hodiè non ipsa modò imaginaria venditio & servitus *l. ult. C. de emancip.* verùm etiam illi effectus omnes quoad emancipatum expiraverint, dum ei nec hereditas, nec tutela legitima aufertur *Nov. 118. c. 5.* & ipse ut alius quivis firmiter obligari potest; adeoq; ut inquit *Tiraquell. in repetit. l. si unquam. vers. donatione n. 146. C. de revoc. donat.* emancipatio hodiè in præmium & favorem filio competit. Utiq; maximè asserendum

vi-

videtur, hodiè emancipationem capitis deminutionem rectè non appellari, sic institutâ collectione: Si cessant omnes causæ, ex quibus olim emancipatio inter capitis deminutiones est relata: cessabit tunc quoq; ipse effectus & dispositio. Prius quod sit verum jam tum ut opinor satis probatum dedimus. E. quod consecutionem posterioris moretur non superest. Non hoc, quòd est dictum de capite minutis æquè ad arrogatos ac emancipatos relatum appareat *ex l.1.§.1.ff.de cap. min.* cùm in illis tamen ratio fictæ servitutis locum non habeat: Unde sequi videtur, quod eadem nec in emancipato genuina & germana fuerit. Resp. enim concedendo, de utroq; quidem Prætorem edicere, & utrumq; fuisse capite minutum: sed tamen diversimodè. De arrogato quidem edicit Prætor, quòd ipsius deminutio accidat per simplicem familiæ mutationem, sive translationem in alienam potestatem, quippe per quam ex jure veteri, dum omnia bona arrogati, patri arrogatori acquirebantur *l.18 ff.de adopt.* inanis adversùs arrogatum creditoris reddebatur actio *arg. l.6. ff.de dol.mal.* quam hoc edicto Prætor restituere annititur *l.1.§.1. ff. de cap. min.* verùm de emancipato idem propterea edicit, quòd ejus minutio manifestè contigerit per imaginariam servilem causam, quæ efficiebat, ut civilis obligationis emancipatus esset incapax *d l.32.ff.de R.J.* ac propter hoc ipsum Prætoris restitutio maximè necessaria. Ita videtur hoc explicare *l.* in hanc rem satis expressa *3.ff.de cap. min.* At enim videtur jam modò dictis obsistere, quòd etiam ante Justinianum ex constitutione Anastasii per rescriptum Principis, atq; ita citra figuratas venditiones emancipatio fieri potuerit: & tamen quis fuerit, emancipato jura tutelarum & successionum conservari *l. 4. C. de legit. tut.§.1.I.de success cogn.l.11.C.de legit.hered.* Unde rursus fluere videtur, sublatos agnationis effectus non ab imaginaria venditione pependisse. R. enim imò jam *d. l. 11.* satis evidenter ostendere, istum per rescriptum Principis emancipandi modum, per se non fuisse habilem, ad jura agnationis perimenda, in verbis: *minimè legitima jura per emancipationem extingvuntur:* Sed hoc solùm Anastasium velle, ut sublatis circuitionibus antiquis, propter reverentiam tamen Juris veteris, effectus adhuc veteres manerent superstites, ita tamen ut omnes simplici quadam petitione

ne tolli possent. Quocirca cùm præter hoc ipsum, quod petitione adhuc opus erat ad ambages priscas tollendas, alia quoque insuper de Jure novo per *l. fin. C. de emanc. lib. & d. Nov. 118. c. 5.* accesserint, ita ut ipso jure emácipatis salva permaneant agnationis & successionis jura. Vix est ut emancipatio hodiè inter capitis deminutionis species rectè referatur. *Nec obest*, quòd imò etiamnum hodiè emancipatus familiam mutet, & qui anteà subjectus erat alteri, per emancipationem ipse familiæ caput efficiatur, in tantum ut patri suo emancipatus nihil quicquam acquirat. R. enim concedendo, hodiè per emancipationem sui juris emancipatum effici, & nihil quicquam patri acquirere: sed tamen inde non sequitur, quòd sola potestatis dissolutio, & quæ hanc comitatur, acquisitio, à legib9 per familiæ mutationem intelligatur unquam, quoties de capitis minutione sermo incidit. Aliàs namque quid prohibet, quo minus & morte patris, & ipsa patritiatus dignitate, quibus jura potestatis dissolvi constat, ut & aliis plurimis casibus, quibus filiusfam. ex constitutionibus Justiniani plenam proprietatem sibi acquirit, caput minui dicamus. Quid, quod si talis intelligenda esset familiæ mutatio, utique emancipatus olim licèt non ut suus ex *l. 12. tabb.* ut cognatus tamẽ ad successionem admittendus fuisset. Sola igitur imaginaria venditio & servilis causa efficiebat, ut emancipatus olim cum nomine, etiam familiæ jura amitteret. Hodie, cùm & nomen & insignia paterna ut & cætera agnationis jura emancipatus retineat, secus est. *Dn. Frantzk. Ex. 3. q. 3. Bach. ad Tr. V. 1 D. 11, th. 16, l. c. & §. minima 3. I de capit. demin., Hillig. ad Don. lib. 6. Com, c. 16. l. N.*

Aph. 27. Videtur hîc Autor lectionem vulgatam *h. tit.* quam probant *Cont. Cujac. Baro. Hottom. & Wes.* & ita habet: *Si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris sororis, vel cæterorum efficiuntur;* eligere præ illa, quam *Haloander*, & ex eo *Gothofr.* omnibus suis editionibus ex *l. 4. ff. de leg. tut.* ubi omissis verbis illis: *filiorum suorum vel cæterorum:* intermedia tantum retinentur, obtrudunt. Neq; id quoq; sine ratione vel ab ipso Imperatore implicitè subministrata, dũ ille non tantum patris, qui filium: sed & avi, qui nepotem emancipavit, *tit præced.* mentionem facit: ac consequenter, cùm etiam

hic

hic nepos tutore indigeat, *hoc nostro tit.* ejusdem meminit, exempla de singulis nunc subjiciendo. Hoc ipsum quoque Theophilum expendisse constat, sicubi & iste præfatos casus singulos exemplis peculiaribus illustrat. Circa fiduciarios autem hos tutores dubium oriri possit alicui, cur illi non æquè ut patroni defuncti liberi, legitimi appellari debeant, cum tamen etjam pater emancipator, cui liberi succedunt, adinstar patroni sit tutor legitimus. Ast hæc objectio, quam ipse quoq; Justinianus *h.t.vers.atqui:* innuit, ab eodem *vers. seq. quoniam*, diluitur; quam paulò obscuriorem ità dilucidius proponimus. Certum est, neque patroni, neque emancipatoris liberos legitimos tutores effici ex sua persôa, sed tales reddi ex persona defuncti, quatenus videlicet una cum hereditate etiam tutela jure successiôis ad eos devolvitur. *Don.3.Com.6.* Prout igitur libert⁹ impubes, si servus mansisset, eod. jure dôinii quo possedit patrô9; fuisset penes liberos patroni, tâquâ ejusd. heredes, quippe qui in ejusd. dôiniû successére: Ita quoq; manûisso eo, in j9 quoq; manumissione quæsitum succedunt. At verò ita similiter liberi emancipatoris patri in tutela successionis jure non succedût, quoniâ si emancipatus filius mortuo patre sui juris effectus fuisset, in fratrum potestatem non recidisset: adeoq; consequenter nec in tutelam, emancipatione subsecuta. Hanc rationem etjamsi plus quàm manifesto claudicare dicat *Vult. ad h.t.* in avo & patre planè falsam *Hottom. ibid.* & subtiliorem magis, quàm veriorem appellet *Cujac. ad Ulp. Fragm. 1. de tut.* §.5. propterea, quòd omninò mortuo avo nepotes non emancipati, in potestatem patris relabantur, ac eid. sicut anteà avo, acquirant: In eo tamen istis nequaquam adstipulari possumus, quandoquidem arbitramur, Justinianum in *d. vers. quoniam.* haut ita simpliciter & absolutè accipiendum & intelligendum esse: sed cû hac potius duplici limitatione, ut scilicet tum demum liberorû tutela uti patris legitima haberi debeat. Si conjunctim 1. per successionem omnia patris jura in filios derivantur, non ubi jure patriæ potestatis: & 2. quando liberi æquè ac pater jus patronatus retinet. Sed neutrum horû in patre filiorum ab avo emancipatorum locum invenit: non illud, quia etiam ab hereditate exclusus pater nihilominus eandem potestatem in filios jure

V pa

patrio consequitur: non hoc, quia jus patronatus, quod avus habuit, in patrem nequaquam descendit, cùm hic non patronus sed pater nuncupetur, nec ut patronus ad bonorum possessionem contra tabb. filii sui ab avo emancipati habeat, *l. 1. § pen. ff. si quis à patron. emanc.*

aph. 29. Ut more nostro solenni ex ipsis antiquitatis & Juris fontibus hujus quæstionis non usq; adeò explicatæ liquidam derivemus solutionem, quædam evidentioris intellectus præparandi studio præfari & enodare visum est, 1. *Quid sit jurisdictio.* 2. *Quid jure magistratus competere,* & 3. *Quid specialiter lege tribui.* Primùm igitur, jurisdictionem propriè sic dictam, quæ de hic quæritur, & quam alii vocant simplicem, ita commodissimè cum Autore ex *Differt. de Jurisd. aphor. 173.* definiendam esse arbitror, quod sit: Potestas de civilibus & privatis causis jus reddendi, jure magistratus competens. Verbum *potestas*, alioquin homonymum *l. 215. ff. de V. S.* hic largissimè accipitur pro facultate legitima, & jure concessa, sicut eodem sensu, *ususfructus, actio, iter & actus* quoq; jura passim appellantur. Objectum ejus sunt res non criminales & reservata Principis, sed causæ solùm civiles, & privatæ: atq; ne hæ quidem indifferenter omnes, verùm illæ tantùm, quæ jure magistratio, & jure proprio competunt *l. 1. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* id est, in quantum, & quatenus quis est magistratus; τὸ in quantū *reduplicativè*, non *specificativè* sumto; hoc est, quatenus magistratus est causa formalis inhærentis jurisdictionis, ita ut non detur magistratus ullus, qui non habeat jurisdictionem; neq; etiam jurisdictio sit penes aliquem, quin is quoq; continuò sit magistratus. Quapropter evidens est, eum, penes quem summa fuit apud Romanos majestas, jurisdictionem formaliter & propriè sic dictam non habuisse, ob hanc scilicet ipsam rationem, quia nec magistratus fuerit: licèt radicaliter & fundamentaliter jurisdictio alii data penes eundem remanserit: exemplo ususfructus, quem ita vocant, formalis, qui similiter licèt penes proprietarium non sit, alteri tamen concedi potest. Nam magistratus nonnisi summæ potestatis fuit instrumentum, per quod illa secundùm ll. præscriptas de civilibus privatisq; causis jus dicere solebat, Quemadmodum itaque nemo sibi ipsi ancillari, & sui

ipsius

ipsius instrumentum rectè dicitur: Ita neq; simul majestatem, summam, & jurisdictionem formalem possidere quis poterit. Unde nunc in proclivi quoq; est, intelligere, quid sit *magistratus*, & quænam sint ea, *quæ jure magistratus competunt*. Etenim magistratum ex superioribus cum *Cujac. in par. ff. de O. J.* Sic optimè definierimus: *quod sit persona publica, quæ jurisdictioni præest, sive, quæ secundùm ll. latas & jus constitutum lites privatorum dirimit*: & jure magistratus competere diximus *potestatē de caussis civilibus cognoscendi, quæ mediātè magistratui eo ipso & solo, quod magistratus quis vel à lege vel à summa potestate constitutus est, etiam nulla jurisdictionis facta mentione, & citra specialem concessionem competit*. Quid verò est *specialiter à lege tribui?* Optimè hoc idem declarat Autor noster *d. Diss. aph. 136.* quando explosâ Accursii sententiâ, ita mentem suam aperit: Specialiter tribui dicuntur ea, de *quibus per se & in individuo lex vel SCtum, sive constitutio facta est*: non autem necesse est, ut uni alicui individuo, sive vago, puta Prætori vel Præsidi: sive designato, utpote Petro vel Paulo tribuātur: Hinc licèt Prætor aliquid specialiter & nominatim jusserit, ad hunc tamen censum ob defectum legis peculiaris nequaquam pertinet. *Scip. Gent. lib. 2. de Jdict. c. 14.* Quædam verò ita simpliciter & purè à speciali concessione dependebāt, ut nunquam alicui etiam jure magistratus competierint: sed iis quoq; potuerint concedi, qui jurisdictione planè nulla gaudebant: quædam verò secundùm quid tantùm, hactenus, quòd urbanis quidem & majoribus magistratibus jure magistratus competierint: inferioribus autem & provincialibus, ut & municipalibus tum demum, cùm lex aut constitutio iisdem nominatim eadem permisisset. Ex hisce sic declaratis haut difficulter colligitur quid de præsenti quæstione, quoad tutoris dādi jus sentiendum sit. Ita namq; pro nostra & veriori sententia concludo. Quodcunq; non tantum non jure magistratus competit, sed etiam ita simpliciter & purè à speciali legis dependet concessione, ut nec ulli majorum magistratuum citra peculiarem legem, SCtum, aut constitutionem tribueretur, illud Jdictioni propriè sic dictæ adscribi nunquam poterit. Atqui tutoris datio est talis. Er. *Major* ex præfatis tam est certa, quàm potest esse, quod est certissimum. *Minorē*, quæ bimembris est, ita pro-

bo: 1. Non jure magistratus jus tutelæ deferendæ competiisse, abundè probat tum *l. 8. pr. de tut. & curat. dat.* ubi hoc mandari posse negatur: Qualia quæ sunt, magistratus jure non veniunt. *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd. l. 5. & l. seq. ff. de Jurisd.* tum *l. 19. ff. d. t. de tut. & cur. dat. & l. 3. ff. qui pet. tut.* ubi Decurionibus quoq; eadem facultas tributa legitur, quos tamẽ non magistratum fuisse liquidò demonstrat *l. 6. pr. ff. de mun. & hon. & l. 1. C. de magist. munic.* unde consequitur, quòd cui deficiũt notæ essentiales, quin & ipsum formale Jdictionis, quale supra magistratum constituimus; illud ipsum Jdictionis esse rectè negetur. 2. *Alterum*, & quod ita penitus à speciali legis vel Sci vel Constitutionis cõcessione tutoris datio dependerit, ut ne magistratib. quidẽ maximis, quà talib9; more majorum cõpetierit, hinc cõstat, quia nec Consulibus ante licuit tutores dare, quàm Tiberius Claudius sanxisset: *ut pupillis extra ordinem tutores à Consulibus darentur, teste Sveton. in Claud. c. 32.* quòd item Legato Proconsulis jus idem D. Marci oratione *l. 1. §. 1. ff. de tut. & Cur. dat.* Prætori Lege Attiliâ: Præsidibus in provinciis L. Julia & Titia *pr. I. de Attil. tut.* concessum legatur. Infallibiliter itaque ex jam probatis decidendo concludo cum *Ulp.* Tutoris dationem Jdictionis propriè sic dictæ õ esse: An igitur alicui imperiorũ speciei sive mero sive mixto rectè accensebitur. Neq; hoc putamus: Sed quia supra causas Civiles & privatas proprium Jdictionis objectum constituimus: & verò juxta cum aliis, puta jure cognoscendi super alienatione prædiorum minoris *arg. l. 2. §. 1. ff. de offic. ejus cui mand.* cognitione super transactione relictorũ alimentorum *l. 8. pr. & §. 18. ff. de transact.* & similibus quæ recenset *Bachov. part. 1. ff. de Jdict. c. de prima divis. Jdict.* etiam tutoris dationem, licèt jure magistratus non competat, è numero tamẽ privatarum causarum esse, deprehendimus. Idcirco non dubitamus quin citra absurditatem, illam de privatis quibusdam civilibus causis jus reddendi potestatem ex speciali concessione competentem, jurisdictionem extraordinariam cum *Bach. d. loc. Dn. Ungep. Ex. 4. q. 7.* vel legalem cum *Donell. 17. Comm. c. 8. Scip. Gentil. 1. de Jdict. c. 9. Paurmeist. 1. de Jdict. c. 8. & 11.* sive etiam adventitiam cum nostro Autore *d. Diss. de Jdict. aph. 127.* aut alio quocunque nomine rectè appellitari possimus; modò



ta-

tamen semper meminerimus, eam ipsam Jurisdictionis acceptionem parum Romanam & usui legum nostrarum congruã non esse. Nam quamvis *Dn. Ungep. d. loc.* adstipulante *Barone & Marco Lyckl. à Nyeh. lib. 4 ecl. 16.* arbitretur: verbum hoc *Jdictionis* & generis esse & speciei, idq; ex *l. 1 ff. de Jdict.* initialibus *& l. 2. §. 23. ff. de O. J.* demonstrare nitatur sic colligendo: Jus dicere, judicare, judex, jurisdictio sunt conjugata: Atqui dũ Prætor & alius quivis ex speciali legis indultu tutorem constituit tum jus dicere videtur. Er. tutoris datio erit Jdictionis. Eidem tamen ob hanc suam rationem nequaquam adsistendum esse arbitror: non solùm quia admodùm infirmum à conjugatis in jure argumentum ducitur, uti idipsum aliquot exemplis facilimè probari poterit. Quis enim, si colligatur: Jdictio, judicare, judicium, &c. sunt conjugata. Atqui Judex pedaneus judicat, & judicium exercet. Er. judex habebit jdictionem. Item, contrahere & contractus sunt conjugata: contrahere verò dicimur invidiam, culpam. Er. invidia & culpa erunt contractus. Item servitus & servire sunt conjugata. Atqui inferior ager servit naturaliter superiori *l. 1. § fin. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* Er. servitus quædam erit naturalis. Quis, inquam, est, qui non primo intuitu & auditu consequentis absurditatem & nullitatem deprehẽdere valeat? Sed & propterea eidem adstipulandum non est, quod ex ead. concludendi forma absurdissimè sequatur: etiam merum imperium ad jdictionem propriè ita dictam referri debere, sicubi & de crimine judicari, & quædam judicia publica sive criminalia in jure nostro sæpius dicantur. Et quamvis hoc idem absurdum non videatur *Baroni* propter *l. 7. ff. de off. procõs.* ibi: *proconsul plenissimam habere jdictionem*: unde firmiter probare satagit, jdictionis verbum ita amplum & generale esse, ut merum quoq; imperium ambitu suo amplectatur. Id tamen exinde elicere nunquam valebit, dum textum introspicienti clarum evadit, plenissimam proconsulis jdictionem ibidẽ solùm appellari respectu magistratuum urbanorum, & quatenus inter hos causæ civiles & privatæ variè dispertitæ erant, ita ut hic de annona, alter de morboso pecore vendito: iste de rebus aliis jus diceret, quarum omnium cognitionem plenissimè & in solidũ Proconsul possidebat, & quamdiu provinciæ præerat, omnium

Romæ magistratuum vice & officio fungebatur *l. ult. & 12. ff. de offic. præsid.* qua ratione & in eod. genere causarum, nimirum civilium, quin plenissima Proconsulis Jdictio rectè dicatur, non admodùm reluctamur. Proinde adhuc obtinuimus, non secundùm usum Romanorum & legum nostrarum, sed potius ex vocabuli *Jdictionis* etymologia & materiæ contiguitate tutoris dationem jdictionis rectè dici posse. *Nihil quicquam moramur*, quòd etiam tutelæ datio jure magistratus maximè competierit hactenus, quà ead. ipsis quodammodò Præturæ aut Consulatus officiis annexa conceditur in superioribus. Sed R. etiam illud ex superioribus patere, quod non sufficiat ad hoc ut jure magistratus quippiam in genere competere dici possit, quoties id ipsum una cũ magistratu ex speciali legis concessione quis cõsequebatur; sed quando citra specialem aliquam constitutionẽ more majorum cum magistratu id ipsum transibat: id quod de tutoris datione per superiora nunquam adstrui poterit, cùm evidentissimè sit probatum: nec Prætori, nec Præsidi, nec aliis magistratibus jdem jus citra specialem aliquam legẽ fuisse datam. *non etiam obest*, quòd jus tutoris dandi nonnunquam expresè jdictioni adscriptum legatur nimirũ in *l. 3. pr. ff. de postul. l. 3. § 5 ff judic. solv.* Quia *dd. ll.* vel juxta modò dicta sic possumus intelligere, quòd tutelæ datio ita per leges certis quibusdam magistratibus fuerit tributa, ut simul quodammodo ipsi officio jus dicentis adhærere videretur, sed tamẽ propterea nequaquam ob intervenientem specialem legis concessionem jure magistratus competierit: vel cum Dd. communiter verbum *Jdictionis* ibid. interpretari possumus per territorium hoc sensu, ut nemo tutores dando limites sui territorii transilire debeat. *Consil. lib. 5. Misc. c. 29.* nam ut maximè speciatim à lege hoc concessum sit Prætori, non tamen aliis pupillis, nec alios tutores dare poterit, præterquam qui potestati & imperio suo sunt subjecti *arg. l. ult. ff. de Jd. & l. 2. ff. de tut. & Curat. dat.* *Paul. Montan. de tut. c. 19. n. 12.* Magis autem pro contraria sententia videtur facere *§. 4. I. de Atilian. tut. junct. l. 3. ff. de tut. & cur. dat.* ubi magistratus municipales jussu Præsidum tutores dare dicuntur: Unde videtur sequi, quòd tutoris datio mandari possit, & consequenter Jdictioni maximè adscribi *d. l. 1. ff. de off. ejus cui mãd.*

est

est jdict. l.5 & seq. l.16. & l. seq. ff. de Jdict. Verùm non dubitam9 cum Autore *h. aph.* statuere, verbum *jussus* ibidem non pro mādato accipi, sed pro quadam duntaxat admonitione, quâ Præsides hortabantur magistratus municipales, ut officium, quod à ll. jam tum habebant impositum, facerent. Nam quòd mandatum propriè ita dictum ibidem non possit intelligi, vel hinc manifestum est, quia mandari id demum dicitur, quod eidem, cui mandatur, non jam ipsum inhæret. At verò magistratus municipales, quos jubere debent Præsides ut tutores constituant, jus dandi tutoris ipsi per leges concessum possidebant *d. l. 3. ff. de tut. & Cur. dat.* Et hanc explicationem valdè juva: *l. 1. §. 6. ff. de magistr. conven.* ubi mandatum ejusmodi appellatur *monitum*, & tum demum magistratibus imputari dicitur, non datos fuisse tutores, si *moniti* non dederint. *Bach. de Jdict. c. de prim. divis. Jurisd.* ut istius *d. § 6. & § praeced. argumento*, Præsides non incongruè, causa quidem exercendi juris tutelæ dationis in magistratibus municipalibus; non autem causa collationis rectè nuncupari possint. *Donell. 3. Com. 7.* Inde nimirum, quia, cùm Præsidibus ita absolutè & simpliciter jus universale dandi tutores competiisset, ut singulorum quoque municipiorum pupillis tutores dare possent, atq; ita magistratuum municipalium officium præsente & volente Præside, tamdiu quiesceret, quoad iste præcepto declarasset se tutorem dare nolle: hoc ipso præcepto uti vocatur *in l. 46. §. 6. ff. de admin. & peric. tut.* Præses non tam jus novum contulisse, quàm potius quod per se ceu superiorem obfuscatum delitescebat, saltim detexisse, evidenter apparet. Deniq; scrupulum haut minimum injiciunt *Diss. ex l. 13. & 15. ff. de off. procons.* ita syllogizando: Quodcunque Legati Proconsulis possident, habent ex mandato ProConsulis *d. l. 13.* sed jus dandi tutores possident *d. l. 15.* Er. habebunt ex mandato; Si hoc, utiq; erit jdictionis per *d. l. 1 ff. de off. ejus cui mand. & l. 5. & seq. ff. de Jurisd.* Attamen & huic eximendo tacitè quoddam Autor subministrat medium illis verbis: *aut alia conditione impleta*, subindicans existere quosdam, quibus hoc jus dandi tutoris sub certa conditione & lege datum sit, ita ut illud quidem à sola lege habeant, sed tamen propter naturam conditionis, non nisi impletâ conditione exercere valeant. Et tali quoq; modo Procon-

su-

sulis Legato hoc jus concessum esse ex D. Marci oratione *l.1.§.1. ff.d.t.de tut. & Cur.dat.* planè persvasum nobis habemus, ita nimirum, ut nisi à Proconsule mandata fuerit jdictio, id ipsum cum aliis quibusvis juribus, exercere non potuerit *d.l.13.* Competit igitur quidem Proconsulis Legato jus hoc tutelæ dandæ post mandatam jdictionem, ejusq; occasione, non auté vi mandati, & per illud. *Postremò* prætereundũ non est, quosdã adeò elumbe & ficulneum argumentum à cognitione de suspectis tutoribus & remotione, quæ jurisdictionis esse, & mandari posse dicuntur *l.4 ff.de offic. ejus cui mand. est jdict.* ad hanc tutelæ dationem concludendo, extruunt ex *l.35.ff.de R.J.* ut ejus legendi, nedum confutandi tædium statim subierit. Cui libido est, videre potest de eo *Ant. Fab. Jpr. Papin. de tut. pr.1. illat.14. Vult. ad pr. Inst. de Attil. tut. n.4.* & qui prætereà nobiscũ hac in quæstione faciunt, *Bach. d. part.1. ff. de Jdict. c. de prim. div. jurisd. & ad §. 4. I. de Attil. tut. Aldobrand. ibid. Donell. 3. Com. c.7. ibiq; Hil. lig. aliquot literis.* Dissentientium longum catalogum recitat *Harprecht. ad d. §.4. J. de Attil. tut.*

apb.33. & 34. Egregiè sanè circa causas, ex quibus pupillus vel ipse citra tutoris præsentiam: vel non nisi ejusdem authoritate accedente, obligetur, ita distingvit Autor, ac quidé ex ipsa causa finali tutelæ inductiva juxta not. *Diss.3. apb.17.* Etenim quia finis est tutelæ, ut pupillus indemnis servetur, & qui perfectæ ætatis non est, alterius tutela regatur *§.6 I. de Attil. tut.* Idcirco in omni negotio, quod pupillus conficit, id unicè & maximè spectari convenit, utrum deteriorem, an meliorem suam conditioné isthoc agendo pupillus fecerit: quo priori illo casu, & undecunq; aliquod incõmodum metui potuerit, à pupillo peracta ob personæ inhabilitatem simpliciter nulla & evanida habeantur. Hinc si alienaverit *l.9.pr.ff. de autor. tut.* debitum solverit *arg.38.§ 3 ff. de solut. & lib.* se obligaverit *d. l 9.* delatam hereditatem, vel bonorum possessionem repudiârit *l.11 ff. d. t. de aut. tut.* quin & si lucrosam hereditatem adierit *§.1. I. h. t. & d. l. 9. § 3 & 4.* ob legatorum, ærisq; alieni onera, & alia incommoda, de quibus vide *l.4 ff ad SCt. Trebell.* (licèt quoad hoc defectũ quoq; animi judicii impedimento sit *l.9. ff. de acquir. hered.*) & deniq; si actionem, vel debitum accipiendo *l.15. ff. de solut. & lib.*

§.

Ficulneus, ficulnus, à ficu arbore lignum ... fragile, inutile

finis tutelæ

§. 2. *I. quib. alien. non lic.* sive novando, ac transigendo *l. 18. ff. de autor. tut.* remiserit *l. ult. ff. eod.* nihil prorsus egisse putandū est *l. ult. ff. de jur. & fact. ignor.* Posteriori verò casu, quando meliorem suam conditionem efficit, dispiciendum est: utrum talis actus absque mutua pupilli obligatione celebrari valeat, putà cùm sibi stipulatur, eidem legatur, aut donatur: ut tum autoritas tutoris nequaquam sit necessaria: secus autem & maximè desideretur, si tale quid non nisi pupillo quoq; obligato peragi possit. Quare si nihilominus inconsulto, & non autore tutore, pupillus tale quippiam gesserit, civilis nulla & efficax ex eo nascitur obligatio, quod satis est planum per *l. 43. ff. de O. & A. & l. 189. ff. de R. J.* Verùm an idem de naturali quoq; obligatione debeat vel possit asseri, textus nostri Juris non usq; adeò convenire, sed potiùs prima facie secum invicem pugnare videntur. Attamen non dubitamus Autoris hic nostri sententiā verissimā per omnia approbatā, rem totam ita distingvendo conficere. Si pupillus adhuc est infans, aut infantiæ proximus, tum, quia furioso per omnia æquiparatur *l. 12. ff. ad L. Corn. de Sicar.* §. 1. *ff. quib. non est perm. fac. test.* §. 10. *I. de inut. stip.* & consequenter nec sensum, nec consensum habere dicitur, uti notavimus *supr. Diss. 2. aph. 24.* utiq; nec naturaliter quidem (etiamsi jus naturale absolutè & extra σχέσιν ad Jus Civile consideraveris) obligari poterit: nisi fortean ex ipsa re veniret actio, ut dicitur *in l. 46. ff. de O. & A.* Quod tamen ipsum vix inter exceptiones rectè refertur, cùm tali casu non tam consensu, quam re concilietur obligatio, uti videre licet ex *tot. tit. I. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc. & l. 5. ff. d. t. de O. & A. Job. à Reberteria Disp. Jur. lib. 3. prop. jur. 8. in solut.* Sin pubertati fuerit proximus, tum quia sensu & consensu pollet §. 9. *I. d. t. de inut. stip.* §. *pen. I. de obl. quæ ex del. nasc. l. 23. ff. de furt. l. 5.* §. 2. *ff. ad L. Aquil.* naturaliter omninò obligabitur *arg. l. 38. ff. de condict. indeb.* ita tamen, (quod probè notandū est) ut obligatio isthæc naturalis, non per omnia, sed secundùm quid solùm à Jure Civili adprobata dicatur; nimirum quatenus ratione quidem pupilli non nisi uno casu, quando scilicet locupletior is est redditus, à Jure Civili effectibus quibusdam, puta actione utili ex constitutione Divi Pii *l. 3. pr. ff. Cōmod. l. 3.* §. 4. *ff. de negot. gest. l. 5.* §. 1. *ff. de aut. tut.* & soluti repetitione, quò re-

sulis Legato hoc jus concessum esse ex D. Marci oratione *l.1.§.1. ff.d.t.de tut.& Cur.dat.* planè persvasum nobis habemus, ita nimirum, ut nisi à Proconsule mandata fuerit jdictio, id ipsum cum aliis quibusvis juribus, exercere non potuerit *d.l.13.* Competit igitur quidem Proconsulis Legato jus hoc tutelæ dandæ post mandatam jdictionem, ejusq; occasione, non autẽ vi mandati, & per illud. *Postremò* prætereundũ non est, quosdã adeò elumbe & ficulneum argumentum à cognitione de suspectis tutoribus & remotione, quæ jurisdictionis esse, & mandari posse dicuntur *l.4 ff.de offic.ejus cui mand.est jdict.* ad hanc tutelæ dationem concludendo, extruunt ex *l.35.ff.de R.J.* ut ejus legendi, nedum confutandi tædium statim subierit. Cui libido est, videre potest de eo *Ant.Fab. Jpr. Papin.de tut.pr.1.illat.14. Vult. ad pr. Inst.de Attil.tut.n.4.* & qui præterea nobiscũ hac in quæstione faciunt, *Bach.d.part.1.ff. de Jdict.c. de prim. div. jurisd. & ad §. 4.I.de Attil.tut. Aldobrand.ibid.Donell.3. Com. c.7. ibiq; Hilig. aliquot literis.* Dissentientium longum catalogum recitat *Harprecht.ad d.§.4.J.de Attil.tut.*

aph. 33. & 34. Egregiè sanè circa causas, ex quibus pupillus vel ipse citra tutoris præsentiam: vel non nisi ejusdem authoritate accedente, obligetur, ita distingvit Autor, ac quidẽ ex ipsa causa finali tutelæ inductiva juxta not. *Diss.2.aph.17.* Etenim quia finis est tutelæ, ut pupillus indemnis servetur, & qui perfectæ ætatis non est, alterius tutela regatur *§.6.I. de Attil.tut.* Idcirco in omni negotio, quod pupillus conficit, id unicè & maximẽ spectari convenit, utrum deteriorem, an meliorem suam conditionẽ isthoc agendo pupillus fecerit: quò priori illo casu, & undecunq; aliquod incõmodum metui potuerit, à pupillo peracta ob personæ inhabilitatem simpliciter nulla & evanida habeantur. Hinc si alienaverit *l.9.pr.ff.de autor. tut.* debitum solverit *arg.38.§ 3.ff.de solut.& lib.* se obligaverit *d.l 9.* delatam hereditatem, vel bonorum possessionem repudiârit *l.11 ff.d.t.de aut.tut.* quin & si lucrosam hereditatem adierit *§.1.I.h.t. & d.l. 9.§.3 & 4.* ob legatorum, ærisq; alieni onera, & alia incommoda, de quibus vide *l.4 ff.ad SC.Trebell.* (licèt quoad hoc defectꝰ quoq; animi judicii impedimento sit *l.9.ff.de acquir.hered.*) & deniq; si actionem, vel debitum accipiendo *l.15.ff.de solut.& lib.*

§.

Ficulneus, ficulnus, à ficu arbore, ligneum [illegible] fragile, inutile

Finis tutelæ

§. 2. I. quib. alien. non lic. sive novando, ac transigendo *l. 18. ff. de autor. tut.* remiserit *l. ult. ff. eod.* nihil prorsus egisse putandū est *l. ult. ff. de jur. & fact. ignor.* Posteriori verò casu, quando meliorem suam conditionem efficit, dispiciendum est: utrum talis actus absque mutua pupilli obligatione celebrari valeat, putà cùm sibi stipulatur, eidem legatur, aut donatur: ut tum autoritas tutoris nequaquam sit necessaria: secus autem & maximè desideretur, si tale quid non nisi pupillo quoq; obligato peragi possit. Quare si nihilominus inconsulto, & non autore tutore, pupillus tale quippiam gesserit, civilis nulla & efficax ex eo nascitur obligatio, quod satis est planum per *l. 43 ff. de O. & A. & l. 189. ff. de R. J.* Verùm an idem de naturali quoq; obligatione debeat vel possit asseri, textus nostri Juris non usq; adeò convenire, sed potiùs prima facie secum invicem pugnare videntur. Attamen non dubitamus Autoris hic nostri sententiā verissimā per omnia approbatā, rem totam ita distingvendo conficere. Si pupillus adhuc est infans, aut infantiæ proximus, tum, quia furioso per omnia æquiparatur *l. 12. ff. ad L. Corn. de Sicar. §. 1. ff. quib. non est perm. fac. test. §. 10. I. de inut. stip.* & consequenter nec sensum, nec consensum habere dicitur, uti notavimus *supr. Diss. 2. aph. 24.* utiq; nec naturaliter quidem (etiamsi jus naturale absolutè & extra σχέσιν ad Jus Civile consideraveris) obligari poterit: nisi forte an ex ipsa re veniret actio, ut dicitur *in l. 46. ff. de O. & A.* Quod tamen ipsum vix inter exceptiones rectè refertur, cùm tali casu non tam consensu, quam re concilietur obligatio, uti videre licet ex *tot. tit. I. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc. & l. 5. ff. d. t. de O. & A. Joh. à Reberteria Disp. Jur. lib. 3. prop. jur. 8. in solut.* Sin pubertati fuerit proximus, tum quia sensu & consensu pollet *§. 9. I. d. t. de inut. stip. §. pen. I. de obl. quæ ex del. nasc. l. 23. ff. de furt. l. 5. §. 2. ff. ad L. Aquil.* naturaliter omninò obligabitur *arg. l. 38. ff. de condict. indeb.* ita tamen, (quod probè notandū est) ut obligatio isthæc naturalis, non per omnia, sed secundùm quid solùm à Jure Civili adprobata dicatur; nimirum quatenus ratione quidem pupilli non nisi uno casu, quando scilicet locupletior is est redditus, à Jure Civili effectibus quibusdam, puta actione utili ex constitutione Divi Pii *l. 3. pr. ff. Cōmod. l. 3. §. 4. ff. de negot. gest. l. 5. §. 1. ff. de aut. tut.* & soluti repetitione, quò re-

ferimus *l. 21 pr. ff. ad L. Falcid. & l. 64. ff. ad SC. Trebell.* propterea, quod pupillus non factus locupletior solutum maximè repetit *l. 13. §. fin. & l. 29. ff. de condict. indeb. l. 4. §. 4. ff. de dol. mal. & met. except.* ead. munita & dotata est. Nam etiam naturæ jure æquum est, neminem ex alterius incommodo lucrum sperare debere *l. 14. ff. de condict. indeb.* Respectu verò aliorũ, & quà pupilli obligatio non sibi, sed tertio alicui præjudicat eadem omnibus naturalis obligationis gaudet proprietatibus, ita ut pro pupillo sine tutoris autoritate promittente fidejussor efficaciter constitui *l. 127. ff. de V. O. l. ult. pr. de jurejur. l. 95. §. 4 ff. de solut. & lib.* & novari queat *l. 1 §. 1 ff. de novat. § 3. I. quib. mod. toll. oblig.* Sibi enim imputet creditor, quòd in conditionem ejus non diligentiùs inquisierit *l. 19. ff. de R. J. l. pen. ff. ad SC. Maced.* Ita similiter propter eundem pupillum in præjudicium legatariorum heredi licet pecuniam à se, defuncto pupillo creditam, antequam Legis Falcidiæ ineatur ratio, ceu æs alienum verum *l. 6. C. ad L. Falc.* integram deducere *d. l. 95. § 2 ff. de solut. & liber.* & deniq; ob ejus interventum hactenus mutuum convalescit, ut heres à pupillo pecuniam solutam legatario præstare teneatur. *l. 25. § 1 ff. quand. dies leg. vel fideic. ced.* quem casum eleganter ut & superiores inductos exhibet *Dn. Ungep. Ex. 10. q. 3. in Ajo.* Et hisce casibus omnibus ideò meritò non reprobavit Jus Civile obligationem pupilli, quia nec ex illa ullum eidem metuendũ est incommodum, cui tamen unicè avertendo tutoris præsentiam tantoperè à *ll.* nostris dequiri diximus. Extra hosce verò casus, præterquam in delictis & quando dolosè versatus fuerit pupillus *l. 1. § 15. ff. depos. l. 13. § 1 ff. de dol. mal.* quia tum malitia supplet ætatis defectum *l. 3. C. si min. se maj. dix.* & in delictis nemo ætate excusatur *l. ult. C. si advers. delict.* sed legis divinæ igniculi mentibus hominum à natura inditi sunt *Cic. lib. 1. offic.* pupillus, quoad effectus internos ac proprios, qui in præjudicium ipsius possint vergere, ne naturaliter quidem obligabitur *l. 41 ff. de Condict. indeb. l. 59. ff. de O. & A.* Textus igitur illi Juris quibus pupillus ex contractibus obligari dicitur, ex modò dictis possunt intelligi vel de casu, quando ex re nascitur obligatio, uti accipimus *l. 25. ff. de fidejuss. & l. 35. ff. de recept. arbitr.* vel quãdo locupletior is est redditus, quò pertinet *l. 21. pr. ff. ad L. Falc. &*

l. 64.

l.64.ff.ad SCt.Trebell. vel quod obligatus quidem sit quoad firmandam sive quoq; destruendam alicujus tertii obligationem, non autem ut adversus semetipsum aliquid operetur istiusmodi obligatio; in tantum ut si pecuniam mutuam malè pupillus consumserit, nec solutum retinendi, nec compēsandi jus creditor habeat *l.41 ff.de Condict.indeb.* Ita statuendum esse censere cum *Dn.Ungep.d.loc. Duar.ad tit.de Condict.indeb.c.6. & ad tit. de O.& A.c.2. Don.lib.12.Com.Jur.Civ.c.22.Bach.ad Tr.V.1.D.6. th.5.l.B. & ad §.furiosus nullam 8.I. de inut.stip.* Superest ut videamus quid illis verbis: *quæ tamen actio &c.* Autor velit innuere. Hoc verò eundem velle non dubitamus, quòd licèt eo casu quo nummis acceptis pupillus rem suam auxit, actionem ex sua constitutione Divus Pius, ipsius naturali obligationi applicuerit; eo ipso tamen non protinus illam Civilem reddere voluerit, ita ut ex sese eadem actionem produceret, quæ nota & natura est obligationis civilis catholica *l.19.ff. de reb.cred.pr.I. de Oblig.* sed quòd hoc duntaxat peculiare isti naturali obligationi tribuerit, ut certo & determinato casu, videl. pupillo locupletiore reddito, actio propter eandem competeret. Siquidem novum non sit, ut propter infirmam & naturalē quoq; obligationem, actio tamen ex peculiari aliqua lege concedatur. Ita namque ex donatione nascitur non nisi naturalis ad ἀντίδωρον obligatio *l.25.§.11.ff de hered.petit.* quæ tantum abest ut civilem aliquam producat obligationem, ut potiùs nec quoad impediendam soluti indebiti condictionem à jure approbata appareat ex iis quæ tradit *Donell.12.Com.c.2.* Interim tamen propter illam ipsam beneficii causam, accedente aliquâ atroci injuriâ, actio & exactio cōceditur *l.ult.C de revoc. donat.* Huc queq; referri potest ingrati liberti in servitutem *l.1.2.3. & ult.C.de libert. & eor.lib.* & emancipati in potestatem *l.un. C.de ingrat.lib.* revocatio. Vid. *Pacium lib* 4. *ἐναντιοφ.q.9.Gipb.ad l.14.ff.de O.& A.& Hillig.ad* Don. *d.lib.12.Com.c.22.l.O.* Hinc quod obiter, sed notanter adjicio, venari & eruere licet legum cæteroqui maximè detortarum, pessimeq; à Dd. habitarum *l.10 ff.de O.& A.& l.16 ff.de fidejussor.* sensum verum & genuinum, nimirum: Quòd si actio cuipiam propter obligationem aliquā competierit, ex eo protinus hautquaquam colligere licere.

Et. isthæc obligatio naturalis non erit *arg. l. 59. ff. de condict. indeb.* quandoquidem contrarium aliquot exemplis jam modò demonstraverimus: Sed exinde potius veram & genuinam naturalis obligationis naturam esse conjiciendam, si pecunia soluta repeti non possit *l. 19. pr. l. 26. §. 12. & passim ff. de condict. indeb. l. 9. §. fin. & l. 10 ff. ad SCt. Maced.*

aph. 35. Quæritur hîc de modo & forma, quâ tutor in negotiis pupilli autor fieri dicatur? sive quo tempore negotio pupilli tutorem autoritatem suam interponere oporteat? Hoc ipsum licèt alioqui non ita sit intricatum, dubium tamen reddiderunt verba hîc allegatæ *l. 9. §. 5.* paulò obscuriora: *præsens in ipso negotio*: quippe de quibus disceptant Interpp. utrum velint, quòd ipsius actus à pupillo gerendi autor & principium esse debeat tutor: an quod sufficiat, eo ipso tempore, quo negotium à pupillo geritur, tutorem præsentem adesse, actumq; probare: vel deniq; an post perfectum & consummatum negotium rectè suâ autoritatem tutor accommodare valeat. Verùm enimvero ea ipsa verba uti concisè, ita nervosè hîc ab Autore explicita esse non ambigimus per ista æquivalentia: *id est statim perfecto negotio, non ex intervallo.* Quibus videtur innuere, tutorem, ubi pupillo prodesse existimaverit negotio gerendo, vel ab initio præsentem adesse posse, vel certè superveniente negotio, illud perfectum planèq; cognitum, si velit statim comprobare debere, non autem quòd toti tractationi præsens adesse præcisè cogatur. Et hæc tum Autoris tum nostra interpretatio satis benè colligitur ex *l. 3. & l. 14 ff. de autor. tut.* ubi cognitio negotii præcipuè in tutore requiritur: & autorem fieri, explicatur: *dicere, se probare quod agitur*: Quomodo verò, uti signanter sc ibi Donell. 3. Com. c. 13. tutor probet, ubi nondum gestum est, quod probet. Sed & *l. 25. § 4. ff de acquir. vel om. hered.* quâ talis inter jussum & autoritatem traditur differentia, quòd ille præcedat, hæc verò negotium perfectum sequatur: haut parum nostram juvat sententiam: ut hinc appareat nequaquam admittendam esse *Hottom. 1. amic. resp. 3.* opinionem, quâ, ut tutoris autoritas ritè & legitimè interposita censeatur, præcisè & necessariò requirit, ut tutor à principio usq; ad extremum actûs pupillo præsens adsideat, perfectumq; negotium approbet: siquidem etiã

il-

illud negotium tutor adprobasse rectè dicatur, quod cùm supervenit probè cognitum calculo suo confirmat. *d.l.3.ff.h.t.* Et nihil quicquam nos stringunt præcitatæ *l.9. §.5.* verba: *præsens in ipso negotio:* quoniam ut mox sequentia indicant verba, vox ista, *præsens*, tantum opponitur epistolæ: hæc verò: *in ipso negotio:* temporis intervallo longiusculo *arg. l. 31. ff. de usucap. Br. in d.l.9.§.5. Don. d.c.13.* nam quæ in continenti actui alicui subjiciuntur, non semel in jure nostro, in ipso negotio, fieri dicuntur: exemplo sint pacta in continenti contractui adjecta, quæ sanè in ingressu contractus interposita dicuntur *l.7.§.5.ff. de pact. l. 40. ff. de reb. cred. c. officii extr. de Elect.* Minoris sunt momenti & valoris argumenta Diss. reliqua. Nam quòd 1. dicunt, autoritatem esse juris solennitatem per *l 19 ff de autor. tut. l. fin. C. de in lit. dand. tut Bl. in c. consvetudinis de consvet.* quem citat & sequitur *Paulus Mont. de tut. c.30.n.37. Dn. Riem. D.3.q.7.* quæ ab actu dividi nequeat *Wes. in parat. C. h. t. n. 4.* id falsum prorsus est, neq; dd.ll. unquam probari poterit: cùm aliud sit tutoris autoritatem in iis quæ solennitatem juris desiderant, requiri: aliud ipsam autoritatem esse quoddam à pupillo celebrãdi solemne. Et siquidem ex sententia ipsius Hottomi. sufficit, tutorem ab initio præsentem adesse, etiam tacentem, modò negotium plenè perfectum adprobet: quomodo quæso ad istius actus solennitatem tacens ille spectator pertinere poterit, cùm vix unquam nuda præsentia cum taciturnitate solennitas appellata legatur, inprimis in tutela, ubi mutus tutor esse planè prohibetur *l.1.§.2 ff de tutel. Non mov.* Quod per præsentiam tutoris persona pupilli integretur, ita ut is ad agendum eo modo habilis efficiatur. Resp. n. sano quidem sensu hoc esse verum, nimir. ut citra autoritatem tutoris accedentem actus à pupillo gestus existat invalidus: non autem eo sensu, quòd ipsius actus essentiam ingrediatur approbatio; quandoquidem nec actus à pupillo sine tutore celebratus ipso jure nullus est, ob naturam adprobationis, quæ aliquid existens præsupponit: nec pupillus quoq; infans & qui fari non potest, etiam tutore autore quicquam rectè peragit *l 5 ff. de R. J.* quod utrumque tamen ex Diss. hypothesi sequi necessariò convenit. *non obst.* quòd autoritatis interpositio sit actus legitimus, & consequenter tutor actus principio in-

 ter-

intereſſe debeat *l.77.ff.de R.J.Paul.Mont.d.c.30 n.37. Anton.Fab.1. Jurisp.Papin. tit.de aut.tut.pr.1.illat.3.* R: utrumq; falſum eſſe, tum, quod illa ſit actus legitimus, ſicubi potius, ut demonſtravimus, nuda geſti approbatio dicatur: tùm, quòd firmiter ſequatur: actus legitimus eſt, Er. tutor ab initio usque ad finem intereſſe cogitur: cùm actus poſſit eſſe legitimus, ut tamen tutorem ipſi actui ab initio ad finem usque adeſſe opus non ſit. *Bach.ad Tr.Vol.2. D.8.th.6 l.E.non quoq; reſiſti:* Autoritas non poteſt interponi per epiſtolam. Er. tutor debet toti actui celebrando præſtò eſſe. Reſp. 1. Plus eſſe in concluſione, quàm erat in præmiſſis: & hoc duntaxat concludi oportere. Er. approbatio debet fieri à tutore præſente: non autem, ut illi inferunt. Er actui continuò tutor intereſſe teneatur. Proinde ſufficit, ſi perfecto ſtatim negotio tutor ſuperveniens & præſens adfuerit. 2. Ideò per epiſtolam autoritatem rectè interponi negari, quia abſens negotium non ita benè cognitum & perſpectum habere poteſt, nec etiam præſumitur: Attamen is qui ſupervenit, negotium cum omnibus circumſtantiis accuratè poteſt cognoſcere; id quod unicum ſufficit *d.l.14 ff.h.t.* Sed inquies cum *Hottom. & Hillig. ad Don. d.c.13. l.D.* quî tutor omnia intelliget, ſi ad peractam fabulam repente proſiliens exclamat: Plaudite autor ſum. R.1. Neceſſe non eſſe, ut ſingula tractationis habitæ verba tutor exaudiat, modò concluſionem ipſam probè intellexerit. 2. Imò putârim, perfecto jam negotio, multo certiùs judicium ſuum tutorem poſſe exponere, utrum prodeſſe an obeſſe poſſit iſtud negotium, quàm ante ſuſceptâ tractationem vel etiam in ipſo negotio potuiſſet. *Deniq; non obſiſtit Hilligeri ad Don. d. c. 13 l.D.* collectio, cùm ait: Si teſtis durare debet usq; ad negotium confectum ab initio usq; ad extremum *l.20.§.ult.ff qui teſt. fac. poſſ.* Sanè multo magis tutor, qui non teſtis eſt, ſed actor ipſe & dominus. Reſp. n. à diverſis ad idem malè colligi *l.16.ff.ſi uſusfr. vind.l.20.pr.ff.de minor.* Teſtis namq; ob eam cauſam perſeveranter adeſſe in teſtamento cogitur 1. quia teſtamentum nullâ actus interruptionem patitur, ſed uno contextu fieri debet *l.21. §.ult.ff.qui teſt.fac.poſſ.l 21.C.eod.* 2. quia teſtes ſpectant ad teſtamenti eſſentialia, adeò ut uno omiſſo teſtamentum in exteriori foro nullo modo valeat *infr.Diſſ 8.aph.33.* Præterea teſtis,

qui

qui potissimum evidentioris probationis ergò admovetur, nisi ipse præsens actui interfuerit, licèt optimè de eodem sit posteà instructus, de auditu non potest testimonium deponere. Sed verò hæc cuncta in tutore locum nullum inveniunt, quippe cùm nec actum aliquem istiusmodi solemnem qui nullo extraneo negotio interveniente celebrari debeat, supponamus: nec 2. ad actus ipsius essentiam pertinere tutoris autoritatem jam in anterioribus obtinuerimus: & 3. sufficiat tutorem negotium à pupillo gestum plenè planèq; ab aliis edoctum fuisse *d. l. 3. ff. h. t.* Et hæc sunt quæ quoad hanc partem contra Hottom. ejusque sequaces disputari possunt. Nunc tentabimus an etiam Cujacii sententiæ aliquo casu contra eund. Hottom. locum possimus facere. Primò quidem sciendum est, hanc quæ Cujacio adscribitur, opinionem, non ita novam esse & insolentem, ut demum ab eo ipso inventa sit & in lucem producta: sed imò jã olim autorem & defensorem habuisse omnium Jctorum consultissimum & antesignanum *Bartolum*: sicubi eundem *in d. l. 9 §. tut. h. t.* hunc ferè in modum loqui deprehendimus: ***autoritas tutoris rectè interponi potest modicum antè, vel in continenti post.*** At enim hanc illorum sententiam tum demum admittendam esse putârim cum Autore nostro, quando autoritas tutoris non nimium vaga fuerit, aut in eventum planè incertum collata: siquidem aliàs non possit non istiusmodi interpositio videri facta sub conditione, quam autoritas hæc planè respuit *l. 8. ff. de autor. tut.* Cæterùm ubi rationem, formam & modum contrahendi certũ tutor præscripserit, & tali modo cõtractum approbare promiserit, nulla ab Hottom. obpositarum rationum, quas latiùs inducit & probat *Hillig. ad Don. d. lib. 3. Com. 13. l. G.* impedimento est, quo minus & iste quoq; casus à tutore approbatus rectè dicatur. Quid enim si pupillo emturo equum, tutor equo probè perspecto dixerit: hunc equum vicenis taleris non ultra comparare stude. Ita emtum mea autoritate possideas: annon pupillus, si destinato precio equum mercatus fuerit, tutore autore fecisse dicendum est? Certè si verum habetur, quòd *autorẽ fieri idem sit quod probare quod agitur l. 3. ff. de aut. tut.* non potest hic tutor non autor emti equi jure meritoq; appellari. Atq; ita ego circa præsentem controversiam existimaverim. Aliorum

ex-

extat tractatio apud *Wes. in par. ff. h. t. n. 5 Manz. de tut. q. 6. princ. c. 11. Dn. Rem. Ex. 3. q. 7. Donell. 3. Comm. 13. ibiq; Hillig. Barb. ad § tutor autem I. de aut. tut. Dn Ungep. Exer. 4. q. 8. Bronch. Cent. 2. assert. 6. Marc. Lyckl à Nyeh. 3. Membr. eclog. 17.*

aph. 36. Contius 2. subsec. lect. 13. n. 5 scribit: masculos solos propriè puberes appellari debere, fœminas autem viripotentes per *l. 5. §. 2. ff. quib. ex caus. in poss. eat pr. I. de Curat.* ejusque differentiæ *Vult pr. I. qu. b. mod. tut. fi.* veram ac germanam esse credit tradi:q; hanc rationem, quòd mulieres olim in tutela permansissent perpetua: hodiè verò, cum etiam fœminarum tutela 12. annorum spatio sit circumscripta, secus esse. Attamen ut verum fatear, videtur Jctus ille acutissimus, cùm hæc scriberet, historiam Juris Romani non pervolutasse, siquidem vel uno *Forsterus in Historia Jur. Civ. Rom. tit. de JCtis qui sub Adriano & Antonino floruerunt*: sive etiam *l. 40. ff. de reb. cred.* potuisset hanc inter jus vetus & novum distingvendi libidinem reprimere. Utrobique enim Ulpianus appellatur Papiniani auditor & discipulus: ac proinde jus istud quod de finita 12. anno fœminarum tutela Papin. *in l 13. §. fin. ff. de tut.* recitat, novius & recentius eo, quod Ulp. *in Fragm. tit. de tut. 11 pr. & tit. 29. § 3.* de perpetua mulierum tutela proponit, nunquam appellari poterit: Rectiùs me judice Logicus ille cæteroqui acutissimus distinxisset inter tutelam pupillarem & muliebrem, ita quòd mulier 12. quidem ætatis anno excedat tutelam pupillarem, desinatq; habere tutorem ætatis: sed recidat tamen in potestatem tutoris muliebris, sive ut Ulp. eund. appellat *d. t. 11. §. 6.* Cessici. Inter quos sanè ut & eorum tutelas notante *Ravard. 2. varior. c. 2.* latissima suberat differentia. Pupillorum namq; tutores & ipsi negotia gerebant, & autoritatem pupillorum actibus interponebant: mulierum autem tutores solùm autoritatē præstabant: id quod Apuleii quodam ex *Apolog. 2.* loco insigniter bono confirmat. Præterea pupillaris terminum habebat uti dictum est annum 12 Muliebris autem non finiebatur nisi per arrogationem, & in manus mariti conventionem *Boet. hic allegato loc.* vestæ sacerdotium. *Brisson. de rit. nupt. p. 483.* Quin & ingenuæ jure trium liberorum, libertinæ verò 4. ex ea liberabantur *Ulp. d. t. 29. §. 3. Hillig. ad Don. 3. Com. 14. l. C.*

aph.

aph.37. & media] Involvitur hîc quæstio illa vulgaris: *an transfuga, id est, qui fide mutatâ ad hostes transit, tutor esse desinat?* eamque brevibus hinc, quod talis mediam capitis diminutionē patitur; quod civis esse desinit: ac denique quia jure postliminii nō gaudet *§.4. I.quib.mod tut.fin.l.5.§.1 ff.de cap. min. & l.19.§.4.& §.7.ff.de Capt.& postlim.rev.* negativè decidendo absolvere possemus, absque *l.15 ff.de tut.* si foret, quæ tragulam haut levem injicit. Nam quamvis varia ad eandem legem Accursii & Gothofredi *ibid.* Lorioti *de tut. ax.3.* Antonii Fabri *1. Jpr. Papin.t.12.pr.1.illat.21.* Antonii Matthæi *in not, ad §.4. I.quib.mod. tut.fin.* Cujacii *4.observ.9.* Donelli *lib.3. Com.14.* Dn. Arumæi *Exerc.3.Inst.th.11.* Bachovii *ad Tr.V.2.D.8.th.7.l.F.* & Marci Lyclama à Nyeholt *lib.5. Membr.ecl.20.* collegerim & annotaverim interpretamenta & glossemata: nullum tamen ex iis ita absolutum & comparatum deprehendi, ut omni dubio eximēdo suffecisset, & nō potiùs subinde novam dubietatē in animo meo concitasset. Quid igitur? an hæc una l. indiscussa relinquatur? Dicam quid sentio. Certè in Accursii & hunc sequentis Gothofredi opinionem, qui *d.l.15.* de tali transfugiente accipiunt, qui ad hostes bono animo, & ut eorum machinationes expiscetur, transfugerit, haut invitum pertraxit elegans *Dn. Ungep.Exerc.4.q.9. in Ajo* adducta ratio, quam desumit à natura cōparatorū, dicendo: Quia tutor transfuga in *d.l.15.* æquiparatur tutori, qui ō captus ab hostib9, sed missus ad eos quasi legatus aut etiam receptus fuit: & verò neuter horum in Rempubl. quicquam commisit. Idcirco talis quoque transfuga, qui malè de Republica meritus non sit, necessariò supponendus erit. Idem namque eodem modo de his omnibus casibus prædicari videmus. Verum talis non est, qui deficit ut patriæ proditor *arg. l.8.§.2.& l.38.§.1.ff.de pœn. & l.3.§.ult.ff. ad l.Cornel.de Sic.* Ergò neque etiam de eodem Ulpianum sensisse *in d.l.15.* credendum est. Et hæc ipsa docent, quàm nullius planè momenti & ponderis sit *Bachovii ad Tr.V.2.D.8.th.7.l.F.* de hac nostra solutione judicium, dum obtendit: eam & à mente JCti esse alienam, & admissam omnem dubitandi rationem prorsus excludere. Siquidem uti monui, propter conjunctionem profugi,

Nec hæc discrimen ad rem facere arbitror, [illegible] transfuga [illegible] venerit.

legati, & recepti non possit aliter JCtus intelligi & accipi: & deinde eadem dubitandi ratio quæ in cæteris militat in tali quoque transfuga locum habeat, scilicet quod ubique ad amittendam civitatem & libertatem sufficere videatur apud hostes aliquamdiu fuisse.

Aph. 40. Adveniente justâ ac pubertati præstitutâ ætate, ita penitus olim pupilli omni potestate liberabantur, ut dimisso tutore ipsi rerum ac bonorum susciperent administrationem, nec curatorem ullum habere cogerentur, nisi fortè pravis moribus puta lascivia sive prodigalitate, & dementia seu manifesto furore ita essent corrupti, ut propriæ rerum administrationi non sufficerent. Istis namque casibus, ne post dispersum patrimonium tristem sentirent istiusmodi prodigi & dementes exitum, L. Lætoria Curatores iisdem assignari consveverunt. Verum enimverò, quia post pubertatem quoque adhuc ætas minorum ad lapsum lubrica & facilis, quæ decipiatur existit, & tamen si quispiam adultorum in partem curarum adscivisset curatorem, non levem sive prodigalitatis sive dementiæ contraxisset notam; D. Marcus Antoninus Philosophus constituit, ut nō redditis causis, quæ L. Lætoria exigebat, & sine existimationis periculo si vellent, omnes adulti etiam benè res suas administrantes, curatores acciperent, & adhoc ipsum à tutoribus officio finito admonerentur *l. 5. §. 5. ff. de administr. & peric. tut.* Regulariter itaque & olim & post D. Marci sacras constitutiones liberum minoribus relinquebatur, an curatores habere & petere voluerint *h. §. 2. l. 13 §. fin. ff. de tut. & Cur. dat. l. 43. ff. de procur. l. 2. §. pen. & ult. ff. qui pet. tut. vel Cur. & l. 6. C. eod.* cùm optimæ rationi conveniat, ut suarum quisque rerum ipse sit moderator & arbiter *l. 21. C. mand.* justumque sit, ut sua cuique committantur. *l. 9. C. de Jud. & Cœlic.* Et huic libertati probandæ haut leves ferunt suppetias loca juris aliquâ multa, quibus partim inter minores qui curatorem habent vel non habent, distingvitur, cujusmodi est *l. 3. C. de in integr. rest.* partim minores curatorem non habentes proponuntur, veluti *l. 1. & l. 7. C. qui pet. tut. junct. d. l. 43. §. 3. ff. de procur.* quæ sanè falsæ & expungendæ forent, si post D. Marci quoque oratio-

tionem minores inviti curatores accipere coacti fuissent. Videant igitur *Revardus*, *Cujac. Ant. Matth. & Tr.* unde errorem suum pallient, quando Tribonianum negligentiæ vel etiam inscitiæ satis confidenter insimulant propterea, quod ex eorum quidem opinione, jus vetus L. Lætoriæ pro novo venditare non erubuerit: cùm utique etiam tempore Jurisconsultorũ qui omnes M. Antonino sunt recentiores, & è quorum libris Institutiones nostræ compilatæ sunt, id ipsum minoribus ex D. Marci sacris constitutionibus concessum esse, paulo ante citatæ ll. luculenter & ad oculum demonstrent. Sanè ad *l. 1. ff. de minor.* frustra confugiunt, cùm indumenti, quo crassum istum suum errorem possint tegere, indidem nihil latere jam diudum animadverterint JCti subtilissimi, quorum opiniones percensent ac recitant *Dn. Ungep. Ex. 4. q. 10. Bach. ad Tr. V. 2. D. 8. th. 8. l. A. & ad §. 2. I. de Curat. Harpr. ad §. 2. & Hillig. ad Don. 3. Com. 19. l. E.* cujus postremi conjectationi, ut ille quidem modestissimè appellat & ex *Mercer. 10. opin. 6.* hausisse videtur, quia communi doctiorum calculo probatam video, non possum non & " ego lubens subscribere, & huc transscribere: non improbabile " est ait vir judiciosissimus, si dicamus *d. l. 1. § ult.* de veniæ ætatis " impetratione loqui per *l. 3. pr. eod. t.* & hoc velle: quòd qui jam " curatores acceperunt, non possint à Curatore, quando velint, " liberari, nec postulare apud Consules, & Præsides à quibus Cu- " ratores antea ipsis petentibus dati sunt, ut eosdem curæ mune- " re abdicent, & removeant, sibique administrationem restitu- " ant, sine ulla legitima causa, & ex ea tantùm ratione, quia ulte- " rius sub cura vivere non libeat. Et sensus hic nec ipsis verbis " l. est inconveniens. Nam illa verba *ideò hodiè in hanc usque* " *ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur*: non universali- " ter omnes, sed volentes tantùm denotant *arg. pr. I. de Cur.* ubi " eadem locutio indefinita ad volentes duntaxat § 2. eod. restri- " cta legitur. Sequitur *in §. ult. nec ante* sc. ætatem majorennem, " ad quam usque cura suscepta durare debet, *rei suæ administratio* " *eis*, qui sc. jam reguntur auxilio Curatorum, quos volentes & " petentes acceperunt, *committi*, i. e. restitui *arg. l. 2. ff. eod.* ubi " per verbum *recipiat*, explicatur. Hæc namque illius verbi signi- "

" ficatio est, cum id, quod aliquando habuimus, recuperamus *l.*
" *51. ff. de A.R.D. l. 12. C. de postl. reverf.* Hactenus ille. Cui explicationi judicio plenæ immaturum suum judicium ineptè opponit *Hunnius ad Tr. d. D. th. 8 l. A.* dicendo: Eam ceu divinatoriam Ulpiani menti non convenire propter illa verba: *quamvis rem suam benè gerentibus:* quæ putat ad eos referri non posse, qui Curatores habent, siquidem iis ipsis rerum propriarum administratio nondum committatur. Quasi verò dum negotiis minoris gerendis Curator præficitur, minor omnem suarum rerum curam penitus abjicere, nec quicquam ipse agendum suscipere debeat: cùm tamen nisi quoad curatela durat, ipse minor res suas tractare occœperit, non cum ipso statim vigore virili completo omnimodam rerum tractationem novisse possit. Quare ut fieri non rarenter novimus, licèt minor vel diffidens Curatoris studio, vel ex innata φιλοπραγμοσύνῃ res suas ipse tanta cum industria & solertia administret, ut curatoris ope nihil opus habere videatur, nihilo tamen magis eidē curator adimi propriarumque rerum administratio credi oportebit. Regulariter supra dicebam invitis adolescentibus curatores non obtrudi; quia dantur & notantur casus quidam speciales, quibus vel ob personam ipsius minoris, vel alterius, cum quo illi negotium intercedit, curator invito quoque dari potest. Ob personam quidem propriam, & quoniam propter restitutionis beneficium minor idoneam personam standi in judicio non habet *l. 11. C. qui dar. tut. vel Cur. poss. t. t. C. qui legit. pers. stand. in jud.* ad litem sive movendam sive excipiendam invitus curatorem accipit *l. 2. C. d. t. qui leg. pers. stand.* §. *n. 2.* ibi: *præterquam in litem. l. 1. C. qui pet. tut. vel curat. l. 4. C. si advers. rem jud.* Ratione alicujus tertii invito minori curator datur, cùm eidem debitor velit aut cogatur solvere *l. 7. §. 2. ff. de minor.* aut si extutor rationes reddere gestiat *l. 7. C. qui pet. tut. vel curat.* utroque enim casu aliàs procacitas minoris alteri nocere posset *M. Lyck. à Nyeb. 3. memb. ecl. 15.* Hodiè & ex Cōstitutione Politiæ Caroli V. *tit.* von d Pupillen vñ minderjårigē Kind Tutorn vnd Vormůndern. ubi §. So wollen: hæc verba legun-

guntur: So wollen wir allen Churfürsten/etc. hiemit ernstlich aufferlegt vnd befohlen haben / dermassen Versehung zu thun / daß den Pupillen vnd minderjährigen Kindern jederzeit / biß sie zu jhren vogtbaren vnd mannbaren Jahren kommen/Vormünder vnd Vorsteher gegeben werden / indifferenter omnibus minoribus necessitatem accipiendorum curatorum impositam esse censet *Tr. d. D.8. th.8. l. A. in fi.* sed nullo fundamento & ratione: siquidem in d, loco non tam novum jus se constituturum, quam antiquum & Civile nostrum statuminaturum *in pr. d. tit.* ipse Imperator profiteatur. Quod igitur mutatum non est, cur stare prohibebitur *l.27. C. de test. l.32. in fi. C. de appellat.*

aph. 41. Curatè hic dicit Autor, eandem rationem non esse minoris, quæ sit pupilli quoad obligandum: quoniam obligationes quidem omnes ligant & adstringunt personam obligati, diverso tamen fine & effectu. Aliæ enim in sola persona obligata acquiescunt, & extra eam nihil bonorum & rerum desiderant, cujusmodi sunt obligationes contractæ nuptiis & sponsalibus: nam istis personæ obligatæ citra ullum bonorum adminiculum aut dispendium possunt satisfacere. Aliæ verò ita arctè necessitatem alicujus rei solvendæ habent conjunctam, ut divelli res nunquam possit ab obligatione, quales sunt quæ ex contractibus oriri solent, *pr. I. de oblig. & l.3. ff. de O. & A.* Prout igitur ex superioribus constat, tutorem personæ pupilli: curatorem verò minoris bonis potissimum & principaliter præstitui: Ita infallibiliter sequitur, minorem isthæc, quæ personam duntaxat concernunt, nec ad rerum tractatum referuntur, etiam sine curatore expedire posse. Hinc ad curatoris officium non pertinet, nubat pupilla an non, quia officium ejus in administratione negotiorum constat *l.20. ff. de rit. nupt.* & in copulandis nuptiis curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, nulla autoritas potest intervenire: sed spectanda est ejus voluntas, de cujus conjunctione tractatur *l. 8. C. de nupt.* licèt tali casu non negaverim impendia in nuptias facienda ad officium curatoris pertinere *l.52. ff. de admin. & per. tut. l.*

9. C. *ead.* Similiter quoque si deliquerit minor etiam inscio curatore, non impunè id fecerit *l. 9. § 2. l. 37. § 1. ff. de min.* At verò quæcunq; non nisi cum patrimonii disperditione peragi queunt, in iis ad regulam vulgatam *l. 21. C. mandat.* recurrendum & dicendum est: Cui administratio rerum suarum legibus commissa est, ille etiam jus obligandi eas res cum effectu habet *arg. l. 21. ff. de R. J.* Quocirca quia ut patet ex *aph.* anteriori, curatorem invitus minor non accipit, sed volenti tantùm rectè datur, utique etiam qui sine curatore degere velit, adeoque liberam rerum suarum administrationem habet, rectè quoque bona sua aliis ipso jure obligare poterit, utut beneficiū habeat competens restitutionis extraordinarium. Quicunq; verò curatoris fidei res suas crediderit, is adinstar prodigi ipso & mero jure munitus est, quemadmodum accuratissimè distingvit *l. 3. C. de in integr. restit.* Ex qua præter verba clarissima pro hac nostra sententia ita concludere possumus. Sicut prodigus cui à Prætore bonis interdictum est contrahendo obligari potest quoad bona: Ita quoq; minor curatorem habens bonorum intuitu obligari poterit. Ast ille promittendo ita planè non obligatur, ut nec fidejussor pro eadē possit intervenire *l. 6. ff. de verbor. obligat.* Imò & furioso, qui nihil potest agere *l. 5. ff. de R. J.* æquiparatur *l. 40. ff. de R. J.* Ergo eodem modo nec minor curatorem habens rectè obligabitur. Nimis igitur contorta est *d. l. 3.* interpretatio, quam *Vultejus lib. sing. de ducept. Schol. c. 16.* contra omnes, ut ipse quidem *pag. 156.* fatetur, Dd. explicationes novè proponit, dicendo: De uno tantum casu & uno eodemque minore, qui quidem curatorem habet, inibi tractari, sed tamen duabus de quæstionibus 1. quidem, an contractus ille venditionis servandus sit? & 2. si servandus non sit, quomodo id fieri debeat? idque probat hunc in modum: Quia quæritur an servari debeat contractus à minore celebratus, ideò apparet eum non ipso jure esse nullum: cum non entis nullæ sint affectiones: & prætereà, inquit, nec quæstione posteriore opus esset si contractus supponeretur ipso jure nullus. At enim quis non animadvertit occasione unius voculæ *servare* (quod verbo *valere* putamus æquipollere, & Imperatores hoc dicere censemus: *Contra-*

ctus

ctus valere non debet) totius legis rotundæ ac perspicuæ verba plana & aperta in alium & peregrinum planè sensum pessimo Interpretis exemplo detorqueri: & ne nihil ineptiarum defendendæ sententiæ ineptissimæ desit, conjunctionem adversativam *verò*, quæ diversitatem casuum evidentissimè arguit, pro causali, *igitur*, duriusculè, non dicam insipidè explicari, contra ordinariam & regularem istius vocis significationem, à qua tamen in dubio recedendum non esse *supr. Diss. 1. ad aph. 7.* pluribus adstruximus. Quinimò si de uno eodemque casu *in d. l.* Impp. exaudiendi essent, utique nihil prorsus operaretur prodigi cum minore sub curatore existente comparatio: siquidem uti Vultejus quidem vult, tantùm restitutione in integrum, & non nisi causâ cognitâ minoris contractus rescindi debeant; cum tamen ut superiora innuunt, prodigi actus & contractus quoad bona protinus & ipso jure sint nulli. Proinde ut benè constet comparatio 1. exemplo prodigi, talis minor qui æquè nihil possit agere supponendus erit: & 2. vi particulæ, *verò*, talem, cujus actus quidem ipso jure subsistant, sed tamen causâ cognitâ rescindantur, subjici convenit. Nec novum videri debet *Vultejo*, quòd hac ratione Impp. de uno saltim casu consulti, de duobus responderent: siquidem id ipsum vel consulentium defectus supplendi, vel melioris distinctionis causâ, quàm sæpissimè ab Augustis factitatum esse universi penè testentur C. tituli, ex innumeris vide *l. 5. C. de dol. mal. l. 2. C. de fidejuss. l. 2. C. si advers. donat. l. 8. C. de impub. subst. l. 3. C. de hered. inst.* Denique annon ridicula foret Impp. illatio, si cum Vultejo ita loquentes eosdem fecerimus. Minor curatorem habens & vendens, contractum non tenetur servare. Ergò multo magis curatorem non habens si contractum fecerit, restitutionem implorare potest. Quasi verò gesta minoris, qui curatorem nullum habet, minus propter inhabilitatem personæ valere debeant, quàm ejus, qui curatorem habet: cùm potius, ut subanteà diximus, minor ob acceptum curatorem, administratione bonorum cadat *l. 1. ff. de Curat. furios.* eamq; retineat, qui curatorem accipere detrectat. Taceo jam absurda & inconvenientia alia, quæ ex ista Vultejana jejuna interpretatione elicit ingeniosus

ge-

geniosissimus *Bacb. ad Tr. V.1. D.6.th. 5, l.C.* Sed & Cujacii præcitatæ *l.* 3. interpretatio non est melior, quando locis ab Autore indigitatis eandem accipit & explicat de ipsa rerum alienatione à minore facta, quasi minor & sine curatore, & accedente ejus autoritate sive consensu rectè quidem ex omnibus contractibus obligetur, res autem suas non possit alienare citra tutoris si quem habet, consensum; propterea quòd curator bonis non personæ, quas solas vinciunt obligationes, datus intelligatur. Nam potius ut in præcedentibus monui, distingvere debuisset obligationes, quæ in nuda persona obligati subsistunt, ab iis, quæ rei alicujus solvendæ necessitatem insuper adjectam habent, & statuere, quòd illas quidem minor tam curatorem habens, quàm eodem carens: has verò solùm curatore destitutus celebrare valeat. Nam ut minorem absq; curatore viventem, de quo minus dubium est, quin possit obligari, transeamus, certum est ex *Diss.1, aph.12, sub fin.* quòd prohibito consequenti, etiam antecedentia, ex quibus illud necessarò sequitur, prohibita intelligantur. Jam verò certo certius est, per obligationem ad ipsam rerum perveniri nexum & distractionem *d. pr. I. de obl.* ibi: *necessitate alicujus rei solvendæ.* Civilis namque obligationis effectus est producere actionem *l.19 ff. de reb. cred.* quà si minor rectè convenitur, rectè quoque ab eod. exigi, & consequenter jure alienare poterit. Quapropter sic minorem obligari posse dicendum non est. Porrò uti signanter scribit *Dn. Frantzk.* comparatio minoris cum prodigo *in d. l.3.* hanc quoque Cujacii opinationem validè impugnat, ita argumento formato: Si solius administrationis ademtio prodigum inhabilem efficit non solùm ad alienandum, verùm etiam ad obligandum naturaliter: utique etiam in adulto idem operabitur. Sed verum est prius *per d. l. 3.* Ergò & posterius. Rationem consequentiæ ex ipso desumo Cujacio, quando dicit *ad l.101.* Curatorem prodigi rebus principaliter, personæ verò secundariò præfici: nam ita & pari planè modo etiam minori curatorem constitui haut dubiè indubium est. Postremò ex hac Cujacii sententia & vi concessæ restitutionis in integrum necessariò fluit, minorem qui curatorem non habet, res suas ipso jure fir-

mi-

miter alienare posse, contra quàm disertè *l. 2. l. 16. & t. t. C. de prad. & al. reb. min.* traditur. Injuriam proinde facit Roberto *Mercator in notat. ad c. 12. d. lib. 1.* Scribendo menda & mendacia Cujacio ab eodem affingi & appingi dum tradit, à doctore suo teneri, quod indifferenter ex omnibus contractibus pubes sine curatore suo obligetur, cum tamen ut iste sanctè testatur id Cujacio nunquam in mentem venerit. Etenim hanc ipsam esse Cujacii in dd. locis sententiam ex hisce, quæ pro se allegat Mercator, verbis *(ex contractu venditionis rei suæ pubes sine curatore suo non obligatur)* haut difficulter potest colligi, & hinc quidem quòd ubique Cujac. contractum intelligat ipsa traditione consummatum; & hactenus ex venditionis contractu minorem teneri negat, quatenus ipsam rerum alienationem habet conjunctam, additâ ratione, quoniam curator bonis, tutor autem personæ principaliter constituitur. Redimus ad probationem nostræ assertionis ita 3. ex *l. 43. pr. ff. de O. & A.* quam aliàs contra nos adducere solent, concludendo: Quando ad hoc, ut paterfamilias obligetur conjunctim requiritur, ut omni potestate sit exemptus, pubes, & compos mentis: Sequitur quòd licèt quis sit paterfam. pubes & mentis compos, si subjaciat tamen alterius potestati, obligari non possit. Sed talis est minor, qui curatorem sua sponte accipit. Et. Quamvis enim hîc regerant, verbum *potestatis* propriè acceptum curæ & tutelæ non convenire. R. tamen, imò in *d. l.* vocem istam latissimè, & eo in significatu, quo habetur *in §. 1. & 2. I. de tut. & l. 1. ff. de Curat. furiosi.* accipiendam esse, maximè urgere dictionem *paterfam.* quippe cui aliàs verba reliqua, quæ cætera requisita continent, adjicerentur ineptissimè; cùm is ipse in jure nostro paterfam. dicatur, qui potestate paterna egressus, sui juris & caput familiæ esse incipit. *Cujac. in Paul. ad d. l. 43. l. 4. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Jam ad argumenta Dissentientium reliqua. non igitur obstat *l. 101. ff. de verb. oblig.* quam unicè & maximè urget *Vult. d. loc.* Quia eam possumus admittere in casibus, quibus minorem etiam curatorem habentem obligari diximus, videl. cùm obligatio non res sed personam ipsam minoris respicit; vel 2.

geniosissimus *Bach. ad Tr. V.1. D.6. th. 5. l.C.* Sed & Cujacii præcitatæ *l.3.* interpretatio non est melior, quando locis ab Autore indigitatis eandem accipit & explicat de ipsa rerum alienatione à minore facta, quasi minor & sine curatore, & accedente ejus autoritate sive consensu rectè quidem ex omnibus contractibus obligetur, res autem suas non possit alienare citra tutoris si quem habet, consensum; propterea quòd curator bonis non personæ, quas solas vinciunt obligationes, datus intelligatur. Nam potius ut in præcedentibus monui, distingvere debuisset obligationes, quæ in nuda persona obligati subsistunt, ab iis, quæ rei alicujus solvendæ necessitatem insuper adjectam habent, & statuere, quòd illas quidem minor tam curatorem habens, quàm eodem carens: has verò solùm curatore destitutus celebrare valeat. Nam ut minorem absq; curatore viventem, de quo minus dubium est, quin possit obligari, transeamus, certum est ex *Diss.1. aph.12. sub fin.* quòd prohibito consequenti, etiam antecedentia, ex quibus illud necessarò sequitur, prohibita intelligantur. Jam verò certo certius est, per obligationem ad ipsam rerum perveniri nexum & distractionem *d. pr. I. de obl.* ibi: *necessitate alicujus rei solvendæ.* Civilis namque obligationis effectus est producere actionem *l.19 ff. de reb. cred.* quâ si minor rectè convenitur, rectè quoque ab eod. exigi, & consequenter jure alienare poterit. Quapropter sic minorem obligari posse dicendum non est. Porrò uti signanter scribit *Dn. Frantzk.* comparatio minoris cum prodigo *in d. l.3.* hanc quoque Cujacii opinationem validè impugnat, ita argumento formato: Si solius administrationis ademtio prodigum inhabilem efficit non solùm ad alienandum, verùm etiam ad obligandum naturaliter: utique etiam in adulto idem operabitur. Sed verum est prius *per d. l.3.* Ergò & posterius, Rationem consequentiæ ex ipso desumo Cujacio, quando dicit *ad l.101.* Curatorem prodigi rebus principaliter, personæ verò secundariò præfici: nam ita & pari planè modo etiam minori curatorem constitui haut dubiè indubium est. Postremò ex hac Cujacii sententia & vi concessæ restitutionis in integrum necessariò fluit, minorem qui curatorem non habet, res suas ipso jure fir-

mi-

miter alienare posse, contra quàm disertè *l. 2. l. 16. & t. t. C. de prad. & al. reb. min.* traditur. Injuriam proinde facit Roberto *Mercator in notat. ad c. 12. d. lib. 1.* Scribendo menda & mendacia Cujacio ab eodem affingi & appingi dum tradit, à doctore suo teneri, quod indifferenter ex omnibus contractibus pubes sine curatore suo obligetur, cum tamen ut iste sanctè testatur id Cujacio nunquam in mentem venerit. Etenim hanc ipsam esse Cujacii in dd. locis sententiam ex hisce, quæ pro se allegat Mercator, verbis *(ex contractu venditionis rei suæ pubes sine curatore suo non obligatur)* haut difficulter potest colligi, & hinc quidem quòd ubique Cujac. contractum intelligat ipsa traditione consummatum; & hactenus ex venditionis contractu minorem teneri negat, quatenus ipsam rerum alienationem habet conjunctam, additâ ratione, quoniam curator bonis, tutor autem personæ principaliter constituitur. Redimus ad probationem nostræ assertionis ita 3. ex *l. 43. pr. ff. de O. & A.* quam aliàs contra nos adducere solent, concludendo: Quando ad hoc, ut paterfamilias obligetur conjunctim requiritur, ut omni potestate sit exemptus, pubes, & compos mentis: Sequitur quòd licèt quis sit paterfam. pubes & mentis compos, si subjaciat tamen alterius potestati, obligari non possit. Sed talis est minor, qui curatorem sua sponte accipit. Er. Quamvis enim hîc regerant, verbum *potestatis* propriè acceptum curæ & tutelæ non convenire. R. tamen, imò in *d. l.* vocem istam latissimè, & eo in significatu, quo habetur *in §. 1. & 2. I. de tut. & l. 1. ff. de Curat. furios.* accipiendam esse, maximè urgere dictionem *paterfam.* quippe cui aliàs verba reliqua, quæ cætera requisita continent, adjicerentur ineptissimè; cùm is ipse in jure nostro paterfam. dicatur, qui potestate paterna egressus, sui juris & caput familiæ esse incipit. *Cujac. in Paul. ad d. l. 43. l. 4. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Jam ad argumenta Dissentientium reliqua. non igitur obstat *l. 101. ff. de verb. oblig.* quam unicè & maximè urget *Vult. d. loc.* Quia eam possumus admittere in casibus, quibus minorem etiam curatorem habentem obligari diximus, videl. cùm obligatio non res sed personam ipsam minoris respicit; vel 2.

Z oc-

occasione tituli sub quo locata est, ut & materiæ qua occupatur, exaudire eam haut inconvenienter cum *Robert. d. 1. animadvers. 12. Dn. Franzk. & Dn. Ungep.* possumus de casu, quando stipulando, paciscendo vel etiam transigendo pubes meliorem suam conditionem fecerit *arg. l. 28. §. fin. ff. de pact. l. 27. ff. de reb. cred.* & locupletior factus fuerit *arg. l. 14. ff. de condict. indeb.* nam in tali casu pupillum quoque naturaliter cum effectu obligari *sup. ad aph. 33. & seq.* diximus. *nec officit* nobis *l. 7. §. 2. ff. de minor.* ubi minori sine curatore solvi posse dicitur. Resp. enim, imò absque curatore solutionem factam fuisse non exinde probari, quòd subveniri dicatur: Quia nec interveniens curator, si circumventus sit minor, restitutionem in integrum impedit *t. t. C. si tut. vel cur. interven.* Ergò quid prohibet quominus cum consensu curatoris minori solutum esse dicamus. *minus obest*, quòd minor juramentum possit deferre *l. 9. §. 4. ff. de jurejur.* unde inferunt: Ergo etiam obligari. Resp. negando consequentiam, quia ita prorsus nulla jurejurando delato quæritur obligatio, ut potius competens actio amittatur *d. l. 7. pr. infr. Dissert. 18. aph. 22.* Ideoque quia rerum alienationem concernit jusjurandum *l. 17. §. 1. d. t.* censemus minorem hunc jusjurandum deferendo læsum aut curatorem nullum habuisse, aut si quidem habuit, ejus consensu adversario detulisse. *Tandem* non adversantur *l. 1. §. 14. ff. ad SCt. Trebell.* ubi pubes hereditatem sine curatore restituere potest, nec *l. 17. §. 1. ff. de appellat.* qua curatoris autoritas ad adeundam hereditatem inutilis esse dicitur: unde colligit *Mercat. in notat. ad d. loc. Roberti.* Ergo nec adhibere necesse est. Resp. enim *ad* 1. restituendo hereditatem minorem nihil de suo alienare, nec rem suam imminuere *Donell 7. Comm. c. 24. ibiq. Hillig. l. B. ad* 2. Non negari simpliciter, quin minori curatoris consensus ad adeundam hereditatem necessarius sit, contrarium namque satis clarè ostendit *l. 26. C. de administr. tut.* sed solùm, quòd pupillo in casu, quando tutore dato provocante curator eidem datus est, ad adeundam hereditatem non tam curator quàm tutor adsistere debeat: Ideo nimirum, quoniam ad ea quæ solennitatem juris do-

desiderant, cujusmodi est hereditatis aditio *l. 77. ff. de R. J.* explicanda, tutore autore opus est *l. 19. ff. de autorit. tut.* Cætera argumenta levidensia jam ante nos confutavit *Dn. Ungep. Exerc. 10. q. 4.* cum quo consentiunt *Bach. ad Tr. V. 1. D. 6. th. 5. l. C. Dn. Franzk. Exerc. 3. q. 5. Dn. Riem. Dec. 3. q. 9. Donell. ad l. 101. ff. de V. O. Gœdd. ad l. 21. n. 7. in fi. ff. de V. S. Robert. 1. animadv. 12. Marc. Lyckl. à Nyeb. lib. 7 membr. ecl. 15*

apb. 42. & 43. Ut dextrè & melius Autoris sententia circa præsentem quæstionem percipiatur, ab ipsa curatelæ naturam arcessendo fusius eandem ita explicamus. Certum & indubitatum est ferè apud omnes, curæ tantùm unam esse speciem, nimirum *Dativam* sive *honorariam Dd. ad §. 1. I. de Curat.* nullam autem nec testamentariam puram *d. §. 1.* quia quæ in testamento scribuntur, ex aliorum voluntate pendere non debent *l. 32. ff. de hered. inst.* prout in arbitrio minoris situm est, an curatorem habere & accipere velit §. *2. I. d. t. sup. apb. 40* nec etiam regulariter legitimam, ob deficientem rationem tutelæ legitimæ, quæ *supr. de legit. patron. tut.* ab indubitato succedendi jure desumitur: quoniam videl. puberes tanquam patresfamilias testamentum condendo legitimis agnatis omnem successionis spem auferre valeant. Regulariter inquam nulla erat curatela legitima, quia, cùm furiosi & prodigi testari sint prohibiti §. *1. & 2. I. quib. non est perm. fac. test.* ea ipsa ratio, quòd agnatos proximos à successione non possint arcere & excludere, efficit, ut extra ordinem in furiosos & prodigos daretur aliqua cura legitima. De furioso cum non dubitetur nihil hic attinet dicere. De prodigo ita cum autore sentimus. Cùm ex *l. 12. tabb.* cujus hæc verba *à Cic. 2. de Invent. & in Fragm. 12. tabb. de Jur. priv. §. 4.* recitantur: *Si furiosus existat, agnatorum, gentiliumq; in eo pecuniaq; ejus potestas esto*; furiosis duntaxat ademta bonorum administratione curator daretur legitimus: & verò prudentes animadverterent, prodigos quoque dissipando bona, furiosum facere exitum, eosdem quoque mente & sententia prædictæ legis comprehensos esse dicebant: atque hinc interpretatione & moribus etiam pro-

Z 2 di-

digi in curatione agnatorum esse jussi sunt *l. 1. ff. de Curat. furios.* Verùm quia id non ante procedebat, nisi revera, & effectu quis esset furiosus aut prodigus, ac propterea magistratus cognosceret maximè, an prodigus qui ferebatur, esset, inconveniens postmodùm non videbatur, ut super quo cognovisset magistratus, eidem quoque ipse curatorem assignaret *d. l. 1. ibi: Sed hodiè. & l. 12. §. fin. ff. de tut. & curat. dat.* modò tamen proximo agnato, si habilis ad eam rem existebat, primum locum fecissent *l. 13. ff. d. t. de Cur. fur. l. 27. C. de Episc. aud. & l. 6. C. de Cur. furios.* Unde facilimum est odorari & intelligere errorem eorum crassissimum, qui multis etiam invitâ veritate obtinere nituntur; prodigum ipso jure ex *l. 12. sub.* hactenus constitui ut contrahendo nihil agere nec obligari valeat: cum utique *d. l. 12.* qua agnatis prodigi quoque curam deferri censuerunt, non qui furiosi aut prodigi haberi debeant edicat, sed solùm si tales jam apparuerint, quem curatorem habeant præcipiat: ut omninò prius constare oportuerit qui prodigi fuerint, quàm dato curatore interdictio bonorum effectum habuisset. Idcircò verius est in genere quidem legem definire posse prodigum, quod sit, qui neque finem, neque modum expensarum sciat *d. l. 1. de Cur. fur.* & quoad bona furiosum faciat exitum *d. l. 12. §. fi. ff. de tut. & Cur. dat.* non autem in individuo, & ratione hujus vel illius singularis determinare *arg. l. 88. ff. de V. O. & l. 32. ff. de usur.* Sed potiùs, ut docemur ex Ethicis, de actionibus ejusmodi vitiosis ex circumstantiis tum personæ, tum adjunctorum judicari oportere: sicubi pingvioris fortunæ homo citra facultatum & substantiarum interitum majores quàm pauperior sumptus facere possit: & inprimis, cùm de habituali prodigo lex merito intelligatur, quoniam non unâ aliquâ actione, sed ἠδέως, προαιρετικῶς, βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως agendo habitum sive virtuosum, sive contrarium dicimur contrahere: & denique quia plerique furorem vel dementiam fingunt, quò magis curatore accepto, onera civilia detrectent *l. 6. ff. de Curat. fur.* Declaratio igitur cujuslibet prodigi in individuo debet intercedere, facta non

non quidem à privatis & indiscreto vulgo, qui de hujus vel illius, cujus facultates ignorat factis sumtibus variè judicare posset: sed à judice & magistratu, cùm quæ ex circumstantiis (quæ prudentissimos etiam fallunt *l.2. ff. de jur. & fact. ignor.*) pendent, religioni Judicis committantur *l.3. pr. & §.1. ff. de testib. l.7. C. de fideicom.* ut is expendat, num talis, qui prodigus putatur, ultra vires & facultates patrimonii expensas fecerit nec ne, eumque si talem cognoverit prodigum declaret, huic fini, ut eo tempore cuilibet innotescat, cùm persona ejusmodi, cui ad agnatos remisso, aut alterius curæ commisso administratio bonorum omnimodò adempta & interdicta est, tutò contrahi non posse. Rectè propterea dicit *Bach. ad Tr. d. D. 6. th. 5. l. D.* Ethicè quidem & rei ipsius veritate citra interdictionem prodigum esse posse; sed non Juridicè h. est ad eum effectum, ut nihil vel ipse vel cum eo agi & contrahi queat. Huc spectant *l. 6. l. 10. l. 15. ff. de Curat. furios. l. 27. pr. ff. de minor. l. 18. ff. qui test. fac. poss. l. 9. §. 7. ff. de reb. cred. l. 12. §. fin. ff. de tut. & Curat. dat.* Immane igitur quantum textibus nostri Juris, quibus furioso lege bonorum administratio interdicta legitur putà *l. 1. pr. ff. de Cur. fur. d. l. 18. pr. ff qui test. fac. poss. l. 5. pr. ff. de acquir. hered.* abutuntur, qui sic exinde inferunt. Ergò decretum ad declarandum prodigum necessarium non est. Etenim ut varias Gœddæi *de Contrah. & comm. stipul. c. 7. n. 157.* prætercam in se quidem veras, sed malè applicatas responsiones, patet ex jam modò dictis, istas leges omnes non hoc velle, quòd ipso jure & lege 12. tabb. quis bona sua dilacerando profundens quoad effectus politicos prodigus existat; sed ubi talis à judice sive magistratu declaratus fuerit, quòd antiquitus in curationem agnatorum à lege redigeretur, & consequenter bonorum administratione privaretur: hodiè verò ut disertè *d. l. 1.* loquitur, à Præside vel Prætore curator eidem assignetur. Nihil quoque ponderis & momenti habet quam objicit Donellus prodigi cum furioso comparatio, dum ex ea sic colligit. Prodigus in curatione agnatorum est, & bonorum administratione carere jubetur non minus, quam furiosus *l. 1. l. 2. l. 5. l. 16 ff. de Curat. furiof.*

riof. l. 6. ff. de V O. l. 3. C. de in integ. restit. Furioso autem à magistratu bonis ut interdicatur, necesse non est, sed propter legis jussum ob furorem in continenti bonorum administratione caret *l. 11 C. qui test. fac. poss.* Ergò similiter quoque per ipsam legem prodigus bonis carere debet. Resp. enim comparari quidem cum furioso prodigum in uno aliquo tertio, & quà uterque agnatorum curæ subdatur, non autem per omnia, & quidem de qua hîc quæritur, ratione declarationis, & quatenus pro furioso aut prodigo quis haberi debeat. Nam quoad hoc inter utrumque maximum esse discrimen nemo ut opinor ibit inficias. Nam prodigus quà consentire potest secundùm regulas Juris Gent. habilis est ad commercia, & ideo necesse est, ut jure positivo eidem jus istud adimatur. Furiosus autem statim jure naturæ inhabilis fit ad contrahendum, ratione & voluntate ejus penitus extinctâ. *Magis adversatur* postremum ejus argumentum desumptum & compositum ex *l. 35. ff. de R. J.* cùm ait: Nihil tam naturale est, quàm eo modo quid colligari, quo dissolvitur. Atqui prodigus, ubi sanos mores receperit, IPSO JURE desinit esse in potestate curatorum *d. l. 1. de Cur. fur.* Ergo ipso quoque jure in curam redigetur. Respond. tamen: Utique, cùm æquè ex circumstantiis æstimandum sit, an aliquis prodigus esse desierit, quàm quod cœperit, maximè cum *Bernhardo Walthero lib. 1. Miscell. c. 38.* nos existimare, quòd aliqua magistratus sententiâ declaratoria ad eximendum curâ prodigum accedere debeat, cùmprimis quia alioqui proprio ausu & autoritate delatum officium deponere non licet, & insuper nec qui cum tali contraheret, securus esset, quandoquidem in præcedentibus demonstravimus, privatis permissum non esse, an mores alicujus corrupti vel restituti sint, judicare & statuere. Verba igitur IPSO JURE, non vero & usitato modo *in d. l.* accipi verosimile est, sed opposita curæ minoris hoc denotare: Quemadmodum quis prodigus sententiâ magistratus declaratus ex ipsa *l. 12. tabb.* agnatorum curationi subjiciebatur, aut à ministro legis sive magistratu curatorem protinus accipiebat: Ita ubi rursus magistratus innuerit ad sanos mores prodigum redi-

disse, legem velle, ut statim talis si vel per semestre duntaxat sub cura degerit, ex ead. eximatur, nec ad instar minoris ad certum statumque tempus in cura vivere cogatur. Ita post *Gregor. Tholos. 3. Syntagm. 6. n. 4.* sentiunt *Anton. Fab. Jpra Papin. de tut. pr. 3. Tr. d. D. 6. ib. 5. l. D. ibiq. Barbov. Dn. Franzk. Exerc. 3. q. 6. Dn. Riem. Dec. 3. q. fin. Gudd. de contrahend. & comm. stipul. c. 7. n. 141. & seqq. Anton. Merend. lib. 1 Contr. c. 27. Marc. Lyckl. à Nye. lib. 7. membr. ecl. 11. Hillig. ad Donell. 12. Com. c. 22. l. F. & ab his laudati plures.*

Aph. 44. Inter alia desiderata, quæ suscipiendam tutelam vel curam præcedere debent *sup. aph. 30.* etiam idonea satisdatio numerata fuit. Cùm enim pupillis & minoribus defendendis tam tutor quàm curator præficiatur & ordinetur, necessarium omninò visum est prospicere, ut per cautionem res pupilli & minoris salvæ, & in tuto collocatæ essent, & quidem eo cautionis genere & modo, qui sit & optimus & tutissimus, nimirum datis fidejussoribus. Nam quamvis verbum *satisdationis* in genere idem denotet quod *cautio* vel etiam *satisfactio*: ratione tamen causæ exigentis diversimodè idem explicari posse & debere ex legibus earumque rationibus planum est. Aut enim cautionem sibi præstari satisdando cupit privatus quilibet, aut ipsa lex, aut etiam ejusdem minister. Privatus uti rerum suarum ipse est moderator & arbiter *l. 21. C. mandat.* ita etiam pro voluntate vel fidejussoribus, vel pignoribus sibi caveri postulare potest, prout ipsi visum fuerit consultissimum *l. 21. §. fi. ff. de constit. pec.* Si enim aliud pro alio sibi ut solvatur permittere potest *pr. I. quib. mod. toll. oblig. l. 17. C. de solut. & liberat.* quidni etiam alio atque alio modo cautio eidem rectè præstetur *l. 61. ff. de V. S.* Similiter & si lex, sive Jus Civile specificè ita dictum satisdationem desiderat, quia ut plurimum & ferè semper designata ejus, super quoque postulat, haberi potest qualitas & valor: ideoque pro modo & quantitate rei vel pignus æquivalens admittit, vel etiam fidejussores efflagitat *l. 6. §. 1. ff. de muner. & honor. l. 4. §. 8. junct. l. 12. ff. de fideicomm. libert.* Et hæc ipsa causa est, cur Prætor ceu legis minister quoque nonnunquam pigno-

ri-

ribus cautionem & satisdationem expediri permittat: interdum verò præcisè fidejussores desideret. Nam si res & quantitas fuerit certa, ejusdemque valoris & pretii possit haberi pignus, satis utiq; ei videbitur cautum, qui quoad res ipsa præstetur, æquivalenti insistit pignori *l.2.§.3.ff.quod leg.l.1.§.9.ff.de tollat.* At ubi non inita rei æstimatione indefinitè cautionem Prætor interponi præcipit, uti fit communiter, dum super eo, quod interest, neque certam æstimationem adhuc habet, cautiones Prætor postulat: eo casu, cùm quale pignus constitui debeat, ignoretur, fidejussoribus melius cautum esse existimat *l.7.ff.de prætor.stipul.l.52.ff.de V.O.* scilicet, quia istiusmodi negotiũ vel majus vel etiã minus exacto pignore evadere posset, ut utroq; casu persona fidejussoris, quam procul dubio non nisi idoneã admittet creditor, optimè satisfaciat. Ut ad rem deveniam. Quia igitur tam in tutela quàm cura, prout tutor vel curator in munere sustinendo & gerendo industriam, vel socordiam & negligentiam magis ostenderit, in majus & minus potest excrescere credita pupilli & minoris substantia & interesse, adeoque certæ & definitæ quantitatis pignus postulari nequit, & tamen à Prætore pro eodem cautio exigitur *pr.I.h.t.* & *§.ult.infr.de divis.stipul.* Utique non re sed persona hoc in casu magis pupillis & minoribus prospectum fuerit. Accedit & hoc, quod cùm ipso jure bona tutoris pupillo sint obligata *l.20.& l.ult.C.de administr.tut.l.ult.ff.in quib.caus.pignor.vel hypoth.tacit.contrah.l.fin.C.de legit.tut.Nov.118.cap.5.in fin.* pignore constituto nihil amplius pupillo quæreretur, uti tamen fit dato fidejussore. Nam *(quod tertium argumentum est)* fidejussore quam pignore securiorem reddi pupillum hinc liquet, quia 1. pignorum datio novum debitorem parere nequit. At fidejussore dato alia potest etiam pignorum obligatio quæri, fidejussore condemnato *l.15.§.2.ff.de re jud.* 2. quia pignora possunt perire multis modis, non verò fidejussor, quippe qui & heredem obligatam relinquit *§.2.I.de fidejuss.* 3. quia penes quem est pignoris custodia, is etiam culpam præstare tenetur *l.5.§.2.ff.Commod.l.23.ff.de R.J.* Quapropter nihil

mo-

moramur, quod communi dicitur axiomate: plus cautionis in re esse quàm in persona *l. 25. ff. de R. J.* & melius esse pignori insistere, quam in personam agere *§. 14. I. de oblig. quæ ex del. nasc. l. 1 §. 1. ff. de superficieb.* Quia id concedere possumus vel quoties convenit de pignore dando; vel eo casu, quô pro re certa & designata cautio exigitur, non autem veluti nostro casu, cùm indefinitè & pro omni eo quod interest satisdando cavendum est. Tunc enim regulas istas officium suum perdere, rationes adductæ liquidò demonstrant. Porrò & *quarto loco* possem urgere satisdationis significationem propriam, in qua alii quidé se unicè & maximè fundare solent, dicendo: satisdatio propriè loquendo à cæteris cautionis speciebus hâc formâ discernitur, quòd fieri debeat datis fidejussoribus *l. 1. ff. qui satisd. cog. d. l. 4. §. 8. ibi: Satisdato utiq; aut pignoribus datis ff. de fideic. libert. l. 52 ff. de V. O.* Atqui curatores & tutores debent satisdare *pr. §. 1. 2. & ult. I. h. t. l. 3. cum seqq. C. de tut. & curat. qui satis non ded.* Ergò non nisi datis fidejussoribus *Harpr. ad pr. I. de satisd. tut. n. 9. Dn. Ungep. Exerc. 4. q 12. in Neg. Tr. V. 1. D. 5 th. 2. l. A.* Verùm quia non tam ab appellatione, quàm causa exigente & materia super qua cautio præstanda injungitur, modum & formam cautionis æstimandam esse diximus, & insuper verbi *satisdandi* proprietas nequaquam ea sit, ut solam fidejussorum dationem includat *d. l. 21. §. fin. ff. de constit. pec. d. l. 61. ff. de V. S.* & in terminis nec etsi Prætor satisdari jubeat *d. l. 2. §. 3. ff. quod leg. & d. l. 1. §. 9. ff. de Collat.* Ideoque meritò nihili istud æstimatum missum facimus: sed superioribus abundè probatam esse nostram opinionem firmiter credimus cum *Bachov. ad Tr. d. loc. Dn. Arum. Exerc. Iust. 3. th. 18. Gædd. de contrah. & commit. stip. c. 5 concl. 21. n. 299. & ad l. 61. ff. de V. S.*

aph. 45. Huic *aph.* lucem accendit superior *aph. 10.* ubi inter magistratus majores & minores hactenus distingvebatur, quòd illi majores excepto casu tutoris non ritè à patre dati *§. ult. I. de tutel.* semper ex inquisitione citra satisdationem confirment: hi autem à confirmandis tutoribus quos ad se Præsides remittebant, satisdationem exigere necesse habeant, aut nisi id fecerint,

A a rint,

rint, hoc est, aut omninò non, aut non idoneam exegerint satisdationem actione subsidiaria conveniri possint §. *ult. h. t. l. 1. §. 1. ff. de magistr. conven.* Hoc respectu igitur hi minores jus tutoris dandi, scil. æquè plenum ut majores habere negantur *d. §. ult.* quoniam ut *supr. ad aph. 29.* diximus majores magistratus puta præsides, proconsules jus universale tutoris dandi quasi officiis suis annexum possidebant, cùm hi minores non nisi declaratione factâ & quodammodo jussu seu admonitione magistratus majoris jus suum exercere potuerint *arg. §. 4. h. de Attil. tut. l 46. §. 6. ff. de administr. tut.* junge notata ad *d. aph. 29.* Hodiè & de Jure novissimo sive Constitutione Imperii omnes indistinctè tutores & Curatores satisdant, sive cautionem præstant tam hypothecariam quam fidejussoriam. *Ordinat. Politiæ An. 1548. sub imperio Caroli V. Augustæ promulgatæ, & posteà Francofurti sub Rudolpho II. Anno 1577. repetitæ tit. 32.*

aph. 46. Quòd Autor hic dicit tutores & curatores habere commune, id quoque intelligendum est de omnibus jure datis sive testamentariis, sive dativis, sive etiam legitimis. Nam quamvis postremos hosce excusare se posse neget *Cujac. ad l. 13. ff. de excus. tut. Hottom. ad §. 16. I. h. t. Giphan. ad §. 13. eod. alii*, ob rationes aliquot leviusculas: ab altera tamen & affirmativa sententia recedendum non esse putarim ob textus in hanc rem uti lucidissimos, ita optimos: veluti *l. 2. §. 5. ff. h. t. l. 1. C. de leg. tut. l 9. C. qui dar. tut. vel cur. l. 9. C. de excusat. tut. Nov. 118. c. 5.* ibi: *neq; excusatione competente sibimet utantur. & § 16. I. h. t.* ubi quod ratione excusationis constitutum est, non in testamentarios solùm, sed omnes alios convenire explicatè traditur. Nam quantumvis *Cujac.* dicat: legitimum, uti non abdicare potest tutelâ *d. §. 16.* ita nec à tutela se excusare posse: id tamen parum roboris habet, cùm verum tantùm sit de Jure antiquo & ex lege Claudia, quâ fœminarum tutela se non quidem abdicare, sed alii in jure solùm cedere poterat legitimus: non autem Jure novo, lege Claudiâ sublatâ *l. 3. C. de legit. tut.* eâque inter abdicationem

&

& cessionem scrupulosâ distinctione obumbratâ. *Minus* assistit Cujacio & reliquis ejusdem assectis vox *dati in d. §. 16.* quasi per eam a lege vocati excludantur: siquidem istius dubietatis tollendæ causâ non frustra sint adjecta reliqua antecedentia (*cujuscunq; generis sint*) & particula isthæc universalis (*qualitercunque*) sed huic fini, ut & à lege immediatè dati jure isthoc frui posse innueretur. *Parum* quoque stringit argumentum desumtum à simili, tale: Quemadmodum heredi legitimo non licet hereditatem repudiare §. 2. *I de her. qual. & differ.* ita nec legitimo tutori concessum erit à tutela se excusare. Quia ea ipsa comparatio, quâ hodiè suo quoque & legitimo heredi jus abstinendi à Prætore concessum est *infr. Diss. 9. aph. 94.* efficit, ut quemadmodum beneficium abstinendi legitimus heres habet, ita etiam beneficium excusationis tutor legitimus habeat. *Præterea* quoque argumentum à simili ductum, si minima etiam dari possit dissimilitudo, uti hîc quidem maximas annotat *Dn. Ungep. Ex. 3. q. 13. in Ajo.* quàm sit lubricum & infirmum pluribus probat *Everhard. in Topic. loc. à simili.* Denique non adversatur *l. 13 ff. de Excus.* quâ quod *d. §. 16.* proponit Just. ad tutores solùm dativos & testamentarios restringitur. Quia Resp. unius inclusionem non esse alterius exclusionem, quod alibi includitur, prout etiam legitimos quoad hoc beneficium excusationis comprehensos evidentissimè supr. adductis legibus probavimus. Aliter respondet *Dn. Ungep. d. loc.* cui adjunge circa hanc controversiam consentientes *Dn. Arum. Exerc. 2. Just. 3. th. 22. Ant. Matt. ad d. §. 16. vers. qualitercunq; dati fuerint. Hunn. lib. 1. var. resol. Jur. Civ. tr. 4. q. 26. & Harpr. ad §. 14. n. 9. I. h. t.*

aph. 47. Ita eleganter simul ac breviter hanc spinosam quæstionem resolvit hîc Autor, ut frustraneus viderer si in idem graviter desudare vellem. Satis igitur suscepto muneri fecisse me existimabo, si omissa ulteriori probatione, argumenta Dissentientium reliqua mota *à Donell. lib. 3. Com. 9. Marc. Lyck. à Nyeh. lib. 7. memb. ecl. 15. §. 1. Hunn. ad Tr. Vol. 2. D. 9. th. 1. l. A. q. 3.* confutavero. *non igitur 1. movet §. 16. h. t.* unde sic colligunt:

appellare & se excusare ibidem pro oppositis habentur à Justiniano; sed solùm dicitur, quòd necessum habeant tutores se excusare. Er. per oppositionem appellare non possunt: Uno enim contrariorum posito, removetur alterum. Resp. enim: Imò non de omni tutore asseri, quod sese excusare cogatur, verùm de eo solùm, qui juxta jus novius excusationes suas per querelam proponere quàm appellare malit, adstrui, quod necesse non habeat provocare juxta *l. 13. pr. ff. de excus. tut.* Ita enim verba *d.* §. habent initialia: *qui autem se excusare volunt.* Er. per oppositionem qui se non excusare, sed statim appellare volunt, possunt secundùm jus vetus id licitè facere. Et frustra captat verbum *debet Hunnius d. loc.* quia non facultati appellandi adjectum est, sed terminum potius excusationi proponendæ præfixum respicit, hoc sensu, ut qui velit se excusare intra 50. dies id facere teneatur. *non obstat* quòd non nisi à sententia & causæ cognitione appellari queat *l. 1 ff. de appellat.* At verò tutores testamentarii & legitimi ut & nonnulli honorarii dantur sine ulla causæ cognitione. Er. Resp. enim ex hoc argumenti genere, si firmum esset, sequi, quod nec ante D. Marcum ullus tutorum appellare potuisset, cùm etiam eo tempore non nisi in paucissimis tutoribus causæ cognitio intercederet. Committit igitur fallaciam causæ quisquis ita colligit: siquidem non interveniens aliquod decretum magistratus, aut causæ cognitio hoc in casu concessæ appellationis causa extitit: sed quoniam vocati ad munus aliquod publicum causas suæ immunitatis non aliter quàm interposita appellatione allegari poterant *d. l. 1. §. 2. ff. quand. appell. sit l. 7. C. de appell. l. 2. C. de Decur.* Neque elabetur hic Hunnius negando tutelam esse propriè sic dictum munus publicum, cùm privatam potissimùm spectet utilitatem: Quia utut hoc illi demus, adhuc tamen quoad necessitatem suscipiendi tutelam, & jus publica autoritate eandem injungendi publici juris rectè dicitur, uti *supr. ad Diss. 1. aph. 42. & in hac Diss. aph. 30.* fusissimè declaravimus. Id quod unicum sufficere videtur, cùm aliàs rursum nec ante D. Marcum appellari potuisset.

Nec

Nec *deniq.* movet quod modus nullus appareat, quo testamentarius non propositis excusationibus, iisque rejectis possit appellare: sicubi omnis appellatio aliquod magistratus factum sive sententiam antecedentem præsupponat. Resp. Imò cùm quis testamento tutor datus tutelam suscipere cogatur, & nisi fecerit à magistratu etiam captis pignoribus compellatur, videri ab ejusmodi compulsione futura & quasi confirmatione talem appellare potuisse. Ad *l. 1. §. 1. ff. quand. appell. sit.* unde Dissentientes errorem suum maximè colorant: cum eadem ab autore eruditè pro sua & veriori sententia sit inducta nihil addo, præterquam quòd *Magnificus Dn. Franzkius* dissentiens, dum *Exerc. 3. q. 7. in fin.* ita ibid. colligentem facit JCtum: Quemadmodum posteriori casu scil. rejectis excusationis causis, rectè & cum effectu appellatur propter rescriptum D. Marci: ita ante hoc est: *ab initio*, frustra hoc est sine effectu apellatur: salvo quidem istius judicio acutissimo: duo peccare videatur 1. quòd cum quibusdam statuit, concessam quidem esse appellationem etiam ab initio, sed quæ tamen careat omni effectu: cùm utique talia quæ facti sunt nec juris, non concessa dici queant. 2. quod vocem, *ante* malè & contra regulas oppositorum interpretetur, *ab initio*, cùm potius, illa propositio: *rejectis excusationis causis rectè & cum effectu appellatur*; hanc ex opposito habere debuisset: *Ergo ante i. e. non rejectis excusationis causis, sed adhuc pendentibus appellatio non rectè interponitur.* Quæ nihil nobis adversi sed plurimum solidi nostræ assertionis stabilimenti continet.

aph. 49. Quoniam ea, quæ jure magistratus competere dicuntur, *sup. ad aph. 29.* pluribus explicuimus, sufficiet hic ostendere, cognitionem de suspectis citra specialem legis vel SCti concessionem magistratibus majoribus, qui de hominibus improbis, & non rectè in officio versantibus cognoscendi statuendique jus habebant, competiisse, & mandari potuisse. Inde namque per necessariam consequen-

etiam benè infertur quòd jurisdictionis eadem sit & dicatur ordinariæ *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* Certis igitur & quidem majoribus magistratibus ejus rei cognitionem fuisse tributam satis manifestè indicat *Ulpian. in l. 1. §. 3. ff. de susp. tut. & Justin. §. 4. I. eod.* non quidem ob peculiarem aliquam ea de re latam legem, Senatusconsultum aut constitutionem quod nusquam dicitur: sed moribus, ita flagitante pupillorum favore, judiciique gravitate ut haut obscurè indicat *Ulp. d. l. 1. §. 4.* Verùm hinc malè vir quidam doctus colligit: Si certis duntaxat magistratibus & præcipuè majoribus solùm competit suspecti cognitio: Sequitur quòd non jure magistratus. Quia uti supra quoque *d. aph. 29.* diximus, maxima inter ea quæ jure magistratus conceduntur subest differentia, & alia quidem omnibus, alia verò certis tantum quibusdam magistratibus quâ talibus, id est, jure magistratus competunt *vid. l. 12. §. 1 ff. de Judic. junct. l. 3. ff. de Jurisdict.* Alterum & quod mandari eadem suspecti cognitio valeat, mandatâque jurisdictione generali in legatum Procos. transeat apertè dicitur *in d. l. 1. §. 4. & l. pen. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* Nec dissentit hac in parte à cæteris Jurisconsultis *Martianus in l. 1. §. 11. ff. ad SCt. Turpill.* dum inquit: suspecti tutoris adcusationem pro tribunali tantùm examinari posse, & nullum aliud de hujusmodi quæstione, quam Præsidem pronunciare posse. Quia respondet *Ant. Govean. ad l. 1. n. 14. ff. de jurisdict.* dupliciter uti refert *Scip. Gentil. lib. 1. de Jurisdict. ad Orat. D. Marcis. 5.* sed notante *Bachov. ad Tr. V. 2. D. 9. th. 3. l. c.* informiter: rectius dixerimus: Ibi non excludi quemvis Præsidis mandatarium, & qui partibus Præsidis fungitur *l. 16. ff. de Jurisdict. l. 1. §. ult. ff. de t. de off. ejus cui.* sed alios tantùm inferiores magistratus in municipiis, quippe quos non omnia quæ jure magistratus competunt, expedire potuisse expeditum est, eodem modo, quo per eam regulam: *ubicunque causa cognitione opus est, ibi Prætor desideratur l. 105. ff. de*

de R. J. is, cui Prætor jurisdictionem mandat, nequaquam sed solum magistratus municipalis excluditur. *l. 26. pr. ff. ad municipal. non etiam movet* quòd ob causam quandam specialem, nimirum pupillorum utilitatem hoc, ut mandari possit suspecti cognitio, à D. Severo introductum sit *d. l. 4. ff. de off. ejus cui mand.* Resp. Licèt hoc non abnuamus, nihil tamen nobis obesse, cùm non ex qua causa, sed an solùm mandari possit, & mandata jurisdictione generali transeat suspecti cognitio disquiramus, id quod posterius dissentientes nobis concedere videntur. *Tandem non resistit*, quòd datio tutoris non possit mandari *d. aph. 29.* Et neque tutoris remotio *arg. l. 35. ff. de R. J.* Resp. enim latissimum inter ista duo subesse discrimen, cùm non ita intersit pupillorum, esse plures qui tutores dare possint, quemadmodum eorum præjudicium vertitur, ut plures de suspecto possint cognoscere, nimirum ne tutor perfidus, qui suspectus dicitur, in pupilli sui patrimonium diutius grassandi habeat licentiam *l. 6. ff. h. t. de susp. tut.* Et hoc ipsum est, quod in præcitata *l. 4.* propter utilitatem pupillorum constitutum dictum est. *Ant. Fab. in Jpru Papin. tit. 12. pr. 1. illat. 14. Hillig. ad Donell. 3. Com. c. 16. l. D. Dn. Ungep. Exerc. 4. q. penult.*

aph. 50. Suspecti judicium non esse publicum hisce breviter rationibus demonstrari potest 1. Publicum judicium dicitur quo agitur ad vindictam & utilitatem Reipub. publicam *l. 9. §. 5. ff. de publ. & vectigal. l. 1. ff. de publ. judic.* Sed hîc agitur de re privata & familiari pupillorum *d. l. 4. ff. de off. ejus cui mand.* 2. Quia quòd alioqui in accusationibus regulariter obtinet, desistens ab accusatione suspecti, dicitur non incidere in Sct. Turpill. *l. 1. §. 11 ff. ad Sct. Turpill.* 3. Quia à Jurisconsulto inter publica judicia non connumeratur *d. l. 1. ff. de publ. jud.* sed vindicatur ex l. 12. tabb. *d. l. 1. §. 2. ff. h. t.* 4. Quia ut existimat *Br. ad d. §. 11.* in hac accusatione procurator intervenire potest *l. 39. §. ult. ff. de procur.* quem tamen respuit natura publicorum judiciorum *l. pen. § 1 ff. de publ.*

publ. jud. nec offendat quod *in* §. *3. I. h. t.* & *l. 1.* §. *consequens ff. eod.* accusatio dicatur quasi publica: Quia benè addita est particula impropriètatis *quasi*, ad denotandum, quòd licet verè non sit publicum crimen suspecti, tamen quodammodò tale existat, scil. quatenus pro tribunali actio hæc exercenda est, & propter summam pupillorum utilitatem cuivis de populo accusare licet *d.* §. *h. t.* & *d. l. 1.* §. *6. eod.*

aph. 52. Utut sequior opinio, quæ negat ob latam culpam tutorem remotum infamari teste *Wesenbecio in parat. ff. ad h. t.* §. *6. n. 2.* & *Tr. V. 2. D. 9. th. 4. l. G.* sit communis, in eaque & ego aliquantisper hæserim: ubi tamen prima vice hunc nostrum Autorem propugnans rationes utriusque partis exactiori librabam trutina, lubens veritati cedere, & in partes Autoris concedere volui, etiamnum statuens: *ob latam culpam remotum tutorem æquè ac propter dolum notam infamiæ contrahere*, idque ipsum ex natura & vi æquiparatorum, quippe cùm non tantum in civilibus & contractibus, sed & in criminalibus causis excepta pœna corporali *l. 7. ibiq; Dd. ff. ad L. Corn. de Sic.* dolo ubique assimiletur culpa lata: unde necessariò sequi videtur, quod eadem utrobique pœna esse debeat. Textus quibus illa duo *lata culpa & dolus* ad paria judicentur adducit Autor hic liquidissimos, quibus possunt addi *l. 226. ff. de V. S. l. 29 pr.* & *l. 44. ff. mandat.* & *l. 8. ff. de edendo*, qui demonstrant ita planè eadē pro iisdē haberi, ut licèt nonnunquam addatur particula *tantùm*, aut *non aliter* quam ob dolum quempiam teneri, lata tamen ubique culpa quoque subaudiatur. Sic mensor falsum modium dicens, licèt ob dolum duntaxat teneri dicatur *d. l. 1.* §. *1. ff. si mens. fals. mod. dix.* latam tamen culpam etiam in eo delicto dolo planè comparari mox *eod.* §. subjicitur. Similiter & in precario quamvis solum dolū præstari dicat *Ulp. l. 8.* §. *3. ff. de prec.* culpam tamen dolo proximam quoque contineri meritò quis dixerit *d.* §. *3. in fin.* Idem quoq; clarū evadit

dit ex *l. 1. C. depos. & l. 1. §. ult. ff. eod.* Sed & in pœnalibus causis & punitoriis idem verum esse testatur *l. 1. §. 2. ff. si is qui test. lib.* ubi in pœnali actione in duplum culpa lata dolo adæquari statuitur, *& l. 9. ff. de incend. ruin. & naufr.* ubi dispositione dolum puniente lata quoque culpa comprehenditur. Sic in litem quoque non juratur nisi adversus contumacem & dolosum *l. 5. §. 3. ff. de in lit. jur. ib. gl. Accurs.* Sed tamen ob latam quoque culpam in litem jurari probat *l. 2. C. eod. tit.* Quinimò quod miror Dissentientes non animadvertisse & admittere *l. 7. §. 2. ff. h. t. de susp. tut.* idipsum, nimirum latam culpam propè fraudem accedere, verbis continetur explicitis. Nam quamvis ad eam respondeat *Dn. Ungep.* forsan ex *Wesenb. ad h. §. 6. I. de susp. tut.* Id verum esse quoad removendum tutorem, non autem quantum ad infamandum: facilè tamen quivis intelligit, merum & inane illud esse effugium, cùm ad hoc ut removeri possit suspectus tutor nihil opus sit, ut culpa admissa fraudi comparetur, siquidem & ob levem culpam vel segnitiem removeri queat, uti mox latius demonstrabimus. Accedunt insuper & aliæ rationes quibus hoc ipsum possit ostendi apertissimè 1. Argumentum à contrario sensu, quod in nostro jure est firmissimum *l. 1. ff. de offic. ejus cui est mand.* deducimus hunc in modum: Si ob simplicitatem, aut ineptiam vel desidiam, quæ incidit in culpam levem *arg. §. pen. I. quib. mod. re contrah. oblig. §. 6. I. de leg. Aquil. l. 91. ff. de V. O.* remotus non fit infamis *l. 3. §. ult. ff. h. t.* sequitur quòd ob nimis crassam & supinam negligentiam remotus famæ notam contrahat. Exceptio enim firmat regulam in casibus non exceptis *l. 18. ff. de testib. l. 1. §. 5. ff. de Prætor. stipul. l. 1. ff. ad municip.* Alterum argumentum esto tale: Ignorantia juris non ad dolum sed culpam latam pertinet *arg. l. 9. C. de legib. l. 12. C. de Jur. & fact. ignor.* Sed illa sufficit ad infamiæ notam incurrendam *l. 11. §. ult. ff. de his qui not. infam.* 3. ex *l. 42. ff. de V. S.* rectè infertur: Tutelæ damnari dicitur civiliter probrum,

Er. infamat; non de facto & opinione hominum, uti Dissent. communiter explicant, sed jure & lege, uti hic dicitur Civili: hæc enim illi, quæ natura dicitur contrahi opponitur. Parum igitur roboris & firmitatis habent argumenta quæ Dissent. quos conglomeratos exhibent *Dn. Ungep. Ex. 4. q. fin. in Nego. & Harprecht. ad d. §. 6. I. h. t.* pro contraria parte afferunt. *non enim movet*, quod causæ famosæ criminalibus comparentur, eò quod de hominis existimatione & honore, cujus non minor, quam vitæ ratio habenda est *l. 8. § 2. ff. quod met. caus.* agatur. In criminalibus autem non æquiparetur culpa dolo *l. 7. & ibi Dd. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* Resp. enim primò ad majorem 1. Ejus probationem ex *d. l. 8.* petitam admodùm esse lubricam, & nullo ferè casu omnimodam vitæ & famæ comparationem admitti debere jamdudum multis probatum dedisse *Magnificum Dominum Petrum Theodoricum Præceptorem & Promotorem meum jugi honoris cultu reverenter suspitiendum in Colleg. Crimin. Disp. 11. th. 4. lit. E. q. 2.* inprimis eo casu, quo de pœnis quærimus; quippe certum est, graviorem multò & atrociorem vitæ pœnam esse quam existimationis & famæ *l. 28 per tot. ff. de pæn.* 2. Si eandem admiserimus, ita invertendo contra Dissent. eorum detorquemus argumentum: Causæ famosæ criminalibus æquiparantur. Sed in famosis dolo culpam latam contineri patet exemplo mandati & depositi; Er. & in criminalibus culpa lata pro dolo erit. Minor nostra verbis conceptis habetur in *l. 6 §. 5. & seq. ff. de his qui not. infam.* ubi mandati & depositi damnati famosi fieri dicuntur; sed utroque casu latam culpam pro dolo esse constat ex *l. 32. ff. depos. l. 1. §. 5. ff. de O. & A. d. l. 29. pr. & l. 44. ff. mand.* Deinde Resp. ad minorem, eam tantùm veram esse in istis criminalibus causis, ex quibus de pœna in corpus infligenda agitur *d. l. 7. ad L. Corn. de Sicar.* non autem quoties de pœna pecuniaria & famosa. Nam etiam in pœnalibus hujusmodi latam culpam pro dolo haberi jam supra probatum exhibuimus ex *l. 5. § 2. ff.*

si

ſi is qui teſt. lib. eſſ. & iis quæ jam de mandato & depoſito præmiſimus. *Ulterius* non obeſt quòd ſaltem propter dolum famoſus fieri dicatur remotus tutor *h. §. 6. & l. fin. C. eod.* lata autem culpa ſæpius diſtingvatur à dolo. Reſp. enim: 1. nequaquam *dd. locis* apparere particulam taxativam *ſaltem*, adeoque culpam dolo proximam non excludi. 2. Et ſi eſſet addita, non tamen protinus ſequi, quòd etiam lata culpa non intelligenda ſit argumento eorum quæ ſupra in pr. diximus. 3. Nullam quoque omninò hîc eſſe conſequentiam oſtendunt loca aliquot plurima & cauſæ, quibus etiam ex mente Diſſent. ſub dolo lata culpa comprehenditur, quod fieri non poſſet ſi neceſſariò ſequeretur: hæc duo, culpa lata & dolus diſtingvuntur, ergò unum alterius ambitu non comprehenditur. *Tertiò* non obeſt, quòd in *d. §. 6. I. h. t.* generaliter negetur, ob culpam remotum tutorem infamem fieri, & conſequenter neque ex ſingulis ſpeciebus: inprimis verò non ob latam, quippe cum de ea magis poſſit quàm de levi ac leviſſima dubitari. Reſp. enim negando inibi in in genere de omni culpa Juſtiniano ſermonem eſſe, quia communiter receptum eſt; legesque demonſtrent propemodùm infinitæ, verbo culpæ ſimpliciter prolato levem intelligi debere teſte *l. 1. §. 3. ff. depoſ. l. 13. §. ult. ff. de pign. act. l. 5. § 3. ff. de in lit. jur. junct. l. 2. C. eod. § 3. I. quib. mod. re contrah. obl. §. ult. I. de ſociet. l. 8 §. 3. & l. 9. §. 5. ff. de leg. 1. Dn. Franzk. Exer. 11. q. 7.* maximè cùm diſtingvitur à dolo, aut de præſtatione doli culpæque agitur *Don. 16. Com. 7. ibiq. Hillig. l. Q.* Idcirco quominus etiam hoc in loco idem fieri conveniat, nihil prohibere; *non illud*, quòd ſub vocabulo generis ſingulæ quoque ſpecies comprehendantur; quia quod hic generaliter negatur, id in *d. l. 3. §. ult. h. t.* explicatiùs ad levem duntaxat & leviſſimam reſtringitur *arg. l. 72. ff. pro ſoc. §. ult. I. eod. non etiam hoc*, quòd lex ubique de caſu magis dubitabili accipi debeat, juxta *Accurſ. ad l. 9. ff. de Carbon. edict.* quia utique etiam de levi culpa dubitatum fuiſſe teſtatur *l. 3. § ult.*

h.

h.t. & ob negligentiam quoque removeri tutor potuit *l. 5. C. h.t.* *Tandem* non resistit, quòd in dubio mitiorem sequi debeamus sententiam *l. 59. ff. de R. J.* Resp. enim 1. Hîc ubi certissimum habetur axioma: *Sub dolo latam culpam comprehendi:* nos extra omnem dubitationis aleam positos esse. 2. Imò etiam duriorem ut sequamur sententiam nonnunquam æquitatem, & hoc in casum summum pupillorum favorem postulare. Vide *supr. Diss. 1. aph. 36. in pr. & l. 4. ff. de off. ejus cui mand. est jurisdict.* Et hîc subsistimus cum *Bachov. ad §. fin. I. h. t. Tib. Decian. in Tract. Crim. lib. 1. c. 6. n. 12. Gœdd. ad l. 42. ff. de V. S. n. 9. Donell. 16. Com. 7. ibiq; Hillig. l. Z. & Coras. lib. 4. Misc. c. 2.*

Δ. T. Θ.

4

BERNHARDI SUTHOLT U.J.D.

Dissertationum Aureolarum,

Ad Institutiones Justinianéas

QUARTA,

Cum VINDICIIS Illustribus

sive

Commentario,

Quo tum Autoris mens quandoq; obscurior illustratur, tum verior ubiq; sententia à novissimis Neotericorum telis, ac corruptelis vindicatur & defenditur,

QUAM

JOVA JUVANTE

Scitu & permissu Magnifici JCtorum ordinis

sub Præsidio VINDICIS

SEBASTIANI Beer/ LAUFENSIS NORICI,

Publico privatæ eruditorum censuræ submittit

CHRISTIANUS GUNTHERUS von Schlotheim.

die 8. Novembr.

A. O. R.

---

cIↄ Iↄc XXXV.

JENÆ

E Calcographéo Weidneriano.

SIccine SCHLOTHEIMI, Patriæ Spes Nobilis, audes
Fortia Juridicis bella movere viris?
Euge move audacter, non ora adversa timeto,
Degeneres animos arguit iste metus.
Pergere perge viam hanc, & eris (rectè ominor) olim
Jurisconsultus, Nobilis atque bonus.
Qui virtutis egens tantùm sua stemmata jactat,
Mobilis ille magis, Nobilis ille minùs.
Nobilitas arti juncta, est Smaragdus in Auro,
Quæ lauro atque cedro digna putanda venit.

Animo amico l.mq. f. Consalino
suo dilecto
Joh. Himmel D.

R*Es gravis est, dubias rectè discernere lites,*
Et gravis est, leges enucleare, labor.
Ergò dum leges solvis, dum pulpita scandis,
Dum benè distinguis, nomina clara paras.
Jova tuas, voveo, curas fortunet, ut olim
Ipse labore tuo præmia digna feras!

Hospiti & amico meo
pl. dilecto
raptim acclamabam
Christoph Philip Richter D.

DISSERTATIO IV.
DE RERUM DIVISIONE ET ACQUIrendo earum dominio;
Ad Tit. 1. libri 2. Instit.
APHORISMUS I.

DE jure personarum actum est à nobis hactenus. Videamus nunc, quodnam sit cujusq; jus ratione *Rerū.*

2. Jus, quod circa rem est, vel est *in re*, vel *ad rem*. Jus in re (definiente *Ludov. Molina tom. 1. de just. & jur. tract. 2. disp. 2.*) est jus circa rem aliquam, ad quod res ipsa est devincta. Jus ad rem est, ad quod res ipsa nōdum est devincta. Jus in re est quadruplex: *dominium, servitus, possessio & pignus*. Jus ad rem vocatur *obligatio*.

3. Dominium simpliciter definiri potest *jus, quo res est nostra* seu nobis propria.

4. In Dominio consideranda sunt duo. Primo quænam res nobis acquiri seu nostræ fieri possint, *t. t. ff. de rer. divis.* & deinde, per quos modos dominium acquiratur *t. t. ff. de acq. dom.*

5. Prius explicatur divisione rerum, per quam hæ dicuntur, vel extra patrimonium nostrum esse, vel in patrimonio nostro. Extra patrimoniū dicuntur, quæ in nullius privati bonis sunt.

6. Hæ vel sunt absolute tales, vel secundum quid. Absolute extra patrimonium sunt, quæ hominum potestate & usibus omnino sunt exemptæ, ut nec sint nec possint esse alicujus, unde & divini juris vocantur *l. 1. de rer. divis.* & simpliciter nullius *l. 2. ff. & §. 7. Inst. eod.* Tales sunt res sacræ, sanctæ & religiosæ.

7. Sacræ appellantur, quæ rite per Pontifices (non obstante *l. 9. §. 1. eod.*) usibus ad cultum Dei pertinentibus sunt consecratæ *§. 8. h. t.* Vid. *Alex. ab Alex. lib. 6. Genial. dier. c. 14.* unde & alienari regulariter nequeunt *d. §. 8.* cui non obloquitur *l. 22. de contr. empt.*

8. Sanctæ sunt, quæ sacratæ legibus, plebiscitisq; sancitæ, pœnis adjectis inviolatæ manent, ait *Alex. d. c. 14.* seu quæ sanctione quadam subnixæ, ab injuria hominum defensæ sunt ac unitæ *l. 8. h. t.*

9. Ut sunt portæ, *§. 10. h. t. l. 2. ne quid in loc. sac.* (licet alio abeant *Alex. d. c. 14. Cons. in l. 1. h. t. n. 5.* authoritate *Plutarchi in Romul.*)

mul.) & muri civitatum, quia pœna capitis in eos, qui in muros (non solum civitatis Romanæ ut vult *Bart. in l. ult. h. t.* sed etiam municipiorum, *arg. d. §. 10 junct. l. 8. §. ult. ff. eod.*) deliquerint; constituta est *d. l. ult. & d. §. 10.*

10. Religiosæ sunt loca illa, in quæ quis defunctum cadaver aut cineres detulit § *9. h. t. Add. Gell. 4. noct. 9.* Fieri tamen id non nisi à domino potest, aut saltem ejus consensu. In locum communem purum invitis sociis extraneum (secus si unus ex dominis sit sepeliendus *l. 43. de relig. junct. l. 41. eod.*) inferre uni ex dominis non licet *l. 2. § 1. eod. l. 9. § 9. comm. divid.* in commune vero sepulchrum licet *d. §. 9. h. t.*

11. Sequuntur res, quas diximus extra patrimonium esse *secundùm quid*, quia, licet actu non sint in bonis privatorum, ejus tamen sunt naturæ, ut hominum necessitatibus deserviant, aliæ quidem & usu & proprietate, aliæ vero solo usu.

12. Quæ usu & proprietate deserviunt, hominibus dicuntur res cõmunes, & describuntur in *l. 14. de acq. dom.* quod sint quæ natura proditæ ad usum hominum, in nullius adhuc dominium pervenerunt. Seu, juxta *Azonem in sum. h. t.* quæ cum sint in usu omnium animantium, conceduntur tamẽ occupãti.

13. Exempla sunt: mare, litus maris, aer, aqua profluens, seu aqua fluminis, item feræ bestiæ, sive quadrupedes sint, sive aves, sive pisces, neq; tamen his exemplis omnibus definitio rerum communium adæque aptari potest: sunt enim quibus uti nequis, nisi & tuas facias, ut aer & quodammodo feræ bestiæ; sunt quas non protinus per usum facis tuas, eo quod earũ multiplex sit usus. Sic molem seu pilam in mare quis jacere potest, & eatenus mare occupare *l. 2. §. 8. l. 3. ne quid in loc. public. l. 30. §. ult. de aq. dominio.* item in litore ædificare *l. 4. ne quid in loc publ.* neutrum tamen aliter, quam sine detrimento usus publici, *d. l. 3. & 4.* unde & Principi determinandi hoc jus & restringendi potestatem facimus *d. l. 2. §. 10. & 16. & l. 50. h. t.* contra *Donell. 4. comm 9.*

14. Solo usu quæ hominibus deserviunt, vel universo populo usum præbent, vel uni tantum civitati; illæ in specie (alioqui & communes & universitatis sæpe dicuntur publicæ *l. 14. h. t. l. pen. de rer. div. l. 6. de contrah. empt.*) publicæ, hæ universitatis res vocantur.

15.

15. Publicæ ergo sunt, quæ sunt in dominio seu patrimonio Romani, aut alterius populi, usui tantum publico destinatæ *l. 10 l. 14. h. t. l. 2 §. 5. ne quid in loc. pub.* ut flumina perennia, portus, ut & alveus fluminis, quamdiu à flumine tenetur, & ripæ quoad usum §. 4 *h. t.*

16. Res universitatis sunt, quæ sunt in usu publico alicujus civitatis, municipii, vel cujuscunq; universitatis §. 6. *h. t.* ubi *Azo in summ.* Vid. *Synops. Attaliat. tit. 2.* ubi paulo aliter divisio rerum proponitur.

16. Hæc de rebus extra patrimonium constitutis. In patrimonio nostro sunt, quas per aliquem modum ad dominium transferendum habilem, nostras fecimus.

18. Modi acquirendi dominii sunt, vel *naturales* seu juris gentium, vel *civiles*.

19. Naturales sunt, quos non Romani primum excogitarunt, sed ipsa naturalis ratio prodidit; Atque hos cum *Placentino* generatim facio duos, *Apprehensionem* & *Accessionem*.

20. Res quas apprehendendo quis suas facit, vel *nullius* sunt, vel *alicujus*: illæ indistinctè fiunt apprehendentis, hæ non nisi præcedente domini traditione: unde à diversitate objecti, alia est apprehensio simplex, quæ & *occupatio* dicitur, alia quæ de voluntate solum domini fit, & vocatur *Traditio*.

21. Occupatio est rei, quæ nullius est apprehensio, animo domini facta.

22. Rem nullius hic intelligo, quæ talis est non *censura*, de qua supra, aut *casu*, sed vel *natura*, vel *facto*, vel *tempore*. Totidem enim modis res dici nullius, tradunt *Placentinus in summ. ad h. t. in princ. & Azo. n. 18.*

23. Naturâ nullius dicuntur res, quæ vel animatæ sunt, vel inanimatæ; illarum occupatio potest dici *Venatio*, harum *inventio*.

24. Venatio rursum distingvi potest in venationem in specie, quæ fit animalium agrestium, aucupium; & piscationem: ubi generalis regula est, ea tantum animalia fieri occupantis, quæ fera sunt, & libertati naturali relicta, non vero mansvefacta, qua talia. §. 15. *h. t.* multo minus domestica seu mansveta per naturam, quin imo qui hæc lucrandi animo occupat, furti

re-

tenetur *§.16. h.t.* nam & pro re minima dari actionem furti, verius est, contra *Zasium & Covarruv.* Vid. *l.22. de dam. inf.*

25. Porro feræ bestiæ fiunt occupantis, quamvis in fundo alieno, *Synop. Attaliat. tit.45.* & quidē prohibente domino, captæ sint, licet ita fundū alienum ingressus, actione injuriarum teneatur *l.13.§.ult. de injur.* neq; obloquitur *§.12.h.t.l.55.eod.*

26. Unde & pisces in stagno alieno captos dicimus fieri capientis, quia in libertate naturali sunt relicti, *l.3.§.14. de acq. poss.* ubi *Duar. Cujac.4.obs.2.* adversus *Hotō. in d.§.12. & Don.4.cōm.8.*

27. Inventio ratione objecti, generalior est & amplior, quam venatio, est n. rerum, quæ nullius sunt nō natura solum, ut venatio, sed etiam facto, ut loquuntur Dd. aut tempore.

28. Unde primo per inventionem acquiruntur res communes inanimatæ, ut conchilia, arena maris, lapilli & gemmæ in litore maris natæ *§.18. h.t.* quo etiam referri debet occupatio insulæ in mari natæ *§.22. pr. eod.*

29. Facto nullius vocant Dd. res pro derelicto habitas, quando quis res mobiles abjecit, aut de immobilib. exiit eo animo, quod eas in rerum suarum numero amplius esse nollet *§.27.h.t.* unde patet, alienas ab hoc loco esse res casu amissas, aut imminente naufragii periculo navis levandæ causa projectas, adeoque eas non fieri inventoris *§.48.h.t. ubi Joan. Fab. & Dd. comm.*

30 Tempore nullius dicitur thesaurus, qui definitur in *l. unic. C. de thesaur.* & *l. nunquam 31. h.t.* neq; tamen indistincte fit inventoris. Aut enim artibus magicis est inventus, & recidit in fiscum, aut absq; iis, idq; vel in loco proprio, & fit inventoris, aut alieno, & dividitur inter dominum & inventorem, nisi dedita opera sit perquisitus, tunc enim totus acquiritur domino loci, *d.l. unic. C. de thesaur.* in loco publico vel religioso inventus, dividitur inter fiscum & inventorem *l.3.§.10. de jur. fisc.* quo cum committimus *§.40. h.t. ver. idemq; statuit.*

31. Hactenus de apprehensione rerum nullius, quæ per solam fit occupationem. Res quæ alicujus sunt, quia non nisi volente & tradente domino fiūt nostræ, de traditione nunc agēdū.

32. Traditio Theophilo in *§.41.h.t.* est ἡ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρας μετάθεσις *de manu in manum translatio,* quæ tamen definitio, traditioni proprie dictæ eiq; quæ rerum est mobilium, tantum convenit.

33.

33. Est enim & ficta quædam & quasi traditio, quæ sine illa translatione, fit per alium actum, qui fictione & interpretatione juris sit loco traditionis ut in *§.44. §.45. b.t.l.1. §.pen. l.18. §.2. l.51. de acq. poss. l.1. C. de donat. l.3. de usufruct. l.77. d.R.V.*

34. Ut vero traditio transferat dominium, requiritur primo, ut tradens habeat transferendi potestatem, nimirum, ut dominus sit, neq; alienare prohibitus *princ. inst. quib. alien. lic.* aut saltem loco domini, vel ex voluntate domini ut procurator *§. 43. b.t.* (etsi non sit mandato addita clausula, cum libera, Vid. *l.58. l.60. l.63. de procur. l.9. §.4. b.t. l.60. §.4. ff. mandati. Donell. 4. comm. 15. Duar. in l.1. §.20. de acq. poss.* contra *Dd. comm.*) & creditor ratione pignoris, *§.1. quib. ali. lic.* vel de jure, ut tutor & curator, juxta *l.16. & 22. C. de admin. tut.*

35. Deinde, ut habeat animum transferendi, quod fit, si sciat rem esse suam *l.3. §. 8. de cond. caus. dat.* & tradat præcedente saltem ex opinione tradentis arg. *t. t. de cond. indeb.*) justa causa, quam traditionem *Azo* vocat vestitam, *§.41. b.t.* neq; subsit conditio vel expressa, vel tacita, ut in *§.42. b.t.*

36. Deniq; (nam rei traditæ habilitatem, uti in omni actu, ita & hîc præsupponimus, Vid. *d. §.41. b.t.*) ut revera subsequatur traditio & acceptio, & quidem traditio vacuæ possessionis; quod post *Dd. comm.* recte defendit *Contius 1. disp. 8.* & frustra se opponit *Donell. 4. Com. 19.*

37. Interdum tamen accidit, ut rem alterius meam faciam sine domini voluntate, & traditione, puta, si res hostium in bello ceperim. Fiunt enim hæ capientis *§.17. b.t.* nisi dux exercitus militem præda fraudet, vendito & in publicum redacto, quod ab hostibus captum, ut Romæ Fabius consul, apud *Liv. lib. 2. c. 42.* Exempla prædæ vel publicatæ vel militibus concessæ infinita sunt apud *Liv. lib. 3. cap. 31. lib. 4. cap. 49. & 53. lib. 5. c. 19. & seqq. lib. 6. c. 2. lib. 10. c. 17. & c. 44. lib. 21. c. 11. lib. 37. c. 32. in fin.* ibi: & in his tamen, *lib. 38. c. 23. in fin. lib. 27. c. 21. Add. l. penult. ad l. Jul. pecc. l. 31. de jur. fisc. l. pen. §. simili C. de donat.* Plane immobilia regulariter fiunt ejus, cujus nomine bellum geritur. *l.20. §.1. de capt. Halicarn. lib. 8 p. m. 488.* quamvis & agri hostium subinde plebi Romanæ sint divisi, ut apud *Liv. l. 8. cap. 11. lib. 23. c. 46. l. 11. de evict.* Vid. *Cujac. 19. obs. 7. Duar. ff. ad b.t. c. 3. Hotom. in d. §.17. b.t.*

38.

38. Et sic expedivimus primum modum acquirendi naturalem; apprehensionem, sequitur *Accessio*, per quam res alterius mea fit, eo, quod rei meæ ita accedat, ut vel ei cohæreat, ejusq; pars fiat, vel saltem ita ab ea trahatur, ut in ejusdem cum ea dominium transeat.

39. Accessionem *Placentinus* & *Azo* hîc faciunt duplicem, discretam & continuam, utramque rursum dividunt in naturalem, artificialem & mixtam.

40. Naturalis est, quæ fit sola naturæ operatione, sine labore & artificio humano, atque huc pertinet 1. Alluvio §. 20. *h. t.* non autem avulsio, seu appulsio, quam Placentinus vocat incrustationem nisi coalitio ita facta, de qua §. 21. Ubi in fin. legendum (Videtur) non autem (Videntur) *l. 7. §. 2. h. t. l. 9. §. 2. de dam. inf.* junct. *l. 5. §. 3 de R. V.* 2. Insula in flumine nata; hæc enim fit vicinorum possessorum, non publica, nisi quoad usum riparum, Vid. *l. pen §. ult. h. t. Hotom. 1. obs. 23. Donell 4. com. 29. 3.* Alveus à flumine relictus §. 23. *h. t.* inundatio autem sola dominium agri nõ mutat §. 24. *h. t.* cui non refragatur *l. 23. quib. mod. usufruct. amitt.* 4. Quodammodo (fiunt enim nostri, non tam ut rei nostræ adjecti, quam ut ex ea nati) huc pertinent fœtus animalium §. 19. *h. t.*

41. Artificialis accessio est, quæ fit artificio hominum, seu, ut cum *Azone* loquamur, humana tantum natura operante, cujus quatuor facimus genera, *Adjunctionem, Specificationem, Confusionem & Commixtionem*.

42. Adjunctio seu conjunctio est, quando duæ res ita applicantur opera hominis, ut cohæreant, discreta tamen manente substantia rerum. De hac duæ sunt notandæ regulæ. Prima est: *Quod ita jungitur alteri rei, ut sine ea esse non possit, id ei, cui jungitur, cedit, licet eo sit preciosius.*

43. Exemplo est inædificatio Qui enim in suo solo ex aliena materia ædificat, is totius ædificii atque etiam materiæ junctæ (soluto vero ædificio, materiam separatam pristinus ejus dominus vindicare potest, si non sit jam consecutus duplum §. 30. *h. t.* Vid. *l. 23. de usucap.*) fit dominus, conveniri tamen potest, ex l. 12: tabb. actione de tigno juncto in duplum, sive bona sive mala fide junxerit *arg. l. 23. §. pen. de R. V. l. 63 de don. int. vir. & ux.* licet illo casu mixta sit hæc actio hoc casu verò pœnalis *l. 1 de tig. junct* Præterea qui fide mala tignum alienum junxit, furti quoq; tenetur & ad exhibendum *d. l. 23. § pen. ubi gloss l. 1. §. fin. de tign. junct.* Bonæ fidei tamen ædificatorem, si tignum eximere & restituere paratus sit, dupli præstatione evitare, verius est, Vid. *Donell. 4. Com 33.*

44. Ex diverso, qui ex sua materia in solo alieno, sive sciens, sive ignorans ædificat, materiæ dominium amittit, quatenus illa ædificio cohæret, soluto vero ædificio, eam vindicare potest, *l 2. C. de rei Vind.* quamvis ex præsumptione juris, qui mala fide ædificavit in alieno, donasse materiam censeatur, adeoq; ne diruto quidem ædificio eam repetat *§. 31. h. t. l. 7. §. 12. eod.*

45. Ad impensas vero consequendas, qui in alieno, licet bona fide, ædificavit, nullam habet actionem ne quidem negotiorum gestorum *l. 33 de condict. indeb. l. sumptus 48. de R. V. l. 14. de dol. mal. except. l. 14. § 1 commu-*

comm. d. ibid. eaque olim fuit sententia Joannis glossatoris adversus Martinum, quem male secutus est Goddæus in *l. 79. de V. S. n. 7.* Vid. *Bart. in l. 38. de rei vind. n. 15. Donell. 20. com. 7. Ant. Fab. dec. 26. error. 9. & 10.*

46. Quod si qui in alieno fecit impensas, sit in possessione, domino soli vindicante, impensas quidem necessarias deducit, seu reputat, tam malæ quam bonæ fidei possessor *l. 38. de hered. pet. l. 5. C. de R. V.* hic quidem indistincte, ille vero non nisi re exstante, *d. l. 38 in fin.* Utiles impensas in hæreditatis petione eodem modo deducit uterque *d. l. 38.* In rei vindicatione malæ fidei possessor eas non deducit *l. 37. de R. V.* (nisi in casu *l. 38. in fin. vers. finge eam ff. eod.*) Imo stricta ratione juris ne quidem tollit *§. 31. h. t. l. 7 §. 12. eod.* ex æquitate autem tollit, *l. 5. Cod. de R. V.* excepto casu *d. l. 38 versic. finge pauperem.*

47. Voluptuarias impensas malæ fidei possessor non deducit, sed tantum tollit sine dispendio rei. Bonæ fidei vero possessor in hæreditatis petitione etiam deducit *l. 39. § 1 de hered. pet.* in rei vindicatione vero tantum tollit *l. 38. de R. V.* Vide varie hic dissentientes *Cujac. 10. obs. 1. Ant. Fabr. 26. error. 8 Gœdd. in d. l. 79. de V. S.*

48. Porro ut ædificium cedit solo, ita etiam scriptura chartæ *§ 34. h. t.* & pictura tabulæ *l. 23. §. 3 de R. V.* quamvis in hac ob præstantiam artis aliud sit receptum *§ 35. h. t. l. 9 §. 2. eod.*

49. Secunda regula in adjunctione hæc est. ***Quod ita jungitur alteri rei, ut sine ea esse possit, id ei rei cedit, cui additamenti vice accedit, dummodo ejus ornandæ causa adjiciatur,*** ex ratione *l. 19. § penult. & §. ult. de aur. & arg. legat. §. 27. hoc tit.*

50. Si autem partes sint magnitudine æquales, ita ut una alterius ornandæ causa non adjiciatur, tunc pretiosior ad se trahit minus pretiosam: quod si æque pretiosæ sint, neutra neutri cedit, *l. quicquid 27. §. ult. h. t. l. 25 §. 5. in fin. de R. V. Azo hic n. 37. in fin.*

51. Hæc de adjunctione. Specificatio est in alienam rem novæ speciei introductio. Hæc vel ita fit, ut res non possit reduci ad priorem materiam, & fit specificantis *§. 25. h. t.* jure quodammodo occupationis, *l. 7. §. 7 h. t. Donell. 4 comm. 12.* ita tamen, ut dominus materiæ habeat actionem in factum, accommodatam legi Aquiliæ, secundum *l. 11. præsc. verb.* qua repetat materiæ pretium *l. 25. § 5 vers. ideoq. de R. V.* vel potest reduci, & tota res sit ejus, cujus materia est jure accessionis *d. §. 25. l. Minicius 61. de R. V.* cui non obstat *l. 26. pr. h. t.*

52. Porro etsi nova species non sit facta, duorum tamen res in unum corpus coierint, interest, utrum materiæ liquidæ diversorum dominorũ in unam massam sint redactæ, an vero materiæ solidæ in unum acervum collectæ. Illo casu confusio, hoc vero commixtio appellatur, utraque si voluntate dominorum sit facta, corpus reddit commune; sin absque dominorum voluntate, commixtæ quidem res manent singulæ ejus, cujus ante fuerunt *§. 29. h. t.* confusæ vero res aut separari possunt, & nihil fit commune *l. 5. §. 1. vers. ult. de R. V. l. 12. §. 1. h. t.* aut separari non possunt, & corpus fit commune, ita, ut non rei vindicatione, sed communi divi-

dun-

dundo partes pro indiviso communes sunt petendæ §.28 in fin. b.t. Vid. *Donell.4 comm.*31.

53. Et tantum de accessione artificiali, Mixta accessio est, quæ fit natura divina & humana cooperante. *Azo hic num.46.* Huc pertinet pl-tatio §.32. *h t.* quo cum committimus *l.6.§ ult.ff arbor. furt. cas.* ubi *gloss.* Add. *VVes.in d.*§.32. Item satio. Ut enim plantæ quæ terræ coaluerunt *l.26.*§.2 *h.t.* Ita frumenta in alieno sata, solo cedunt, ex ratione *l.25.*§.1. *de usur.*

54. Id tamen nonnunquam fallit. Si quis enim bona fide & justo titulo fundum alienum possideat, fructus facit suos, licet non sit verus dominus. Est enim quasi dominus, propter possessionem bonæ fidei. *Azo hic num.44.*

55. Distingvendum tamen hic, inter fructus pendentes, extantes & consumptos, item naturales & industriales, de quibus *Bart.in l.35.de R.V. Cyn. & Salyc. in l 22.C. eod.*

56. Pendentes omnes restituit b. f. possessor ex ratione *l.44.de R.V.* Extantes naturales non facit suos *l.45. de usur.* Industriales vero suos facit non tamen irrevocabiliter (ut putat *Donell 4.Comm 26.per l.25. §. 1. l. 28.de usur.*) Sed interim *l. 48. b.t.* adeoque revocabiliter *l 22.C. de R. V.*

57. Consumptos vero lucratur irrevocabiliter, ita ut nec æstimationem eorum præstare cogatur, quamvis sit locupletior inde factus *l.2.§.2. fin.regund,* quod in naturalibus fructibus secus se habere putamus, Vid. *Cujac tract.7.ad African.in l.quæsitum* 40. *b.t. Vacon. à Vacun. lib. 2. declar. 41.*

58. Malæ fidei possessor vero omnes fructus restituere tenetur tam industriales, quam naturales, tam consumptos, quam adhuc extantes, non solum perceptos, sed etiam percipiendos, id est, qui percipi potuissent, de quo late *Bart.in d.l.35. de R.V.Cyn. & Salic in d.l.22.C.eod.*

COROLLARIA.

I. Distinctio dominii in directum & utile colerari potest.

II Obligationis dominium nullum est.

III. Cæterorum tamen rerum incorporalium ut servitutum, dominium non ita male quidam statuunt.

IV. Jus venandi Principes hodie sibi fecerunt proprium, non per præscriptionem, sed jure superioritatis.

V. Neq tamen ideo jus venandi ad Regalia recte refertur.

VI. Absurde Gædd. in l.79. de V.S. num.7.verba l.48.de R.V. Exceptione doli opposita per officium judicis *&c. ita explicat, quasi exceptio doli per officium judicis.*

VII. *Utrum communionem bonorum, de qua Plato lib.5.de Rep. recte reprehendat Aristoteles.Resp. Utiq. Vid.Th.2da 2da quæst.66.art.2.*

VINDICIÆ ILLUSTRES
DISSERTATIONIS IV.
Resp. Christiano Günthero von Schlotheim.

APHOR. II.

QVemadmodum primo libro vidimus Imperatorem de personis egisse, non quà talibus, sed in relatione positis, hoc est, quatenus persona vel libera est, in civitate & familia existit vel non: Ita & in secundo objecto & rebus non attendit & perpendit Jurisprudentia nostra principia & causas ex quibus res aliqua constat, ut naturam ejus & essentiam investiget (illud enim aliùs disciplinæ scil. Physicæ proprium est) sed hactenus solùm circa res occupata est, quatenus de earum jure, quod uti dicitur *in l. fin. ff. de ll.* in acquirendo, conservando, aut muniendo consistit, cives disceptant, ac jus & justitiam administrari convenit. Inde totum rerum tractatū noster eleganter cum suo Præceptore Bachovio *Diss. 1. de act. th. 13. & part. 1. ff. tit. 7. cap. de sec. jur. object. n. 1.* dispescit in jus quod est in re & jus quod circa rem est sive obligationem, quâ scil. jus ad rem consequimur: Ita ut vel hinc Vulteji referentis tractatū obligationum ad objectum primum personarum error iste crassissimus, quem ingeniosè quidē & eruditè detexit *Dn. Riem. Dec. 9. q. 1.* at novissimè propugnare ausus est *Fasciculi cujusd. quæstionum autor*, cui nomen est *Johanni Martini*, confutetur solidissimè nosq; infra ad *Diss. 12. Aph. 3.* cū Deo bono faciemus plurib. Jus igitur in re sive ad quod res ipsa jam devincta est, vulgò constituunt quadruplex *dominiū:* sive jus quo plenissimè dominamur rei nostræ *juxt. aph. seq. pignus* non quà contractum denotat *ut in l. 1. §. fin. ff. de pact. & passim;* sed uti accipitur ꝑ jure isto, ꝙ ob securitatē crediti in re oppignorata creditori constitutū actionē realem hypothecariā ꝑducit *l. 41. ff. de pign. act. l. 9. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. §. 7. Inst de act. l. 11. §. ult. l. 19. ff. de except. rei jud. possessionem* malè enim etiā hujus quoddam cōmentus est dominium *Cujac. in π. ff. tit. de bonor. poss.* exinde, quòd bonorum possessione Prætoria dominium tribui dicatur *in l. 1. d. tit.* siquidē ut apparet, pessimè confundat possessionem, quæ jus tantùm re-

tentionis tribuit, & principium dicitur dominii *l. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* cum successione Prætoria, & ea bonorum possessione quæ agnita dominium Prætorium confert, quo de infra ad *Diss. 17. aph. 26.* plenius. *Vid. Bachov. ad Tr. V. 2. Disp. 20. th. 1. lit. K. sub fin.* & deniq; *Servitutem.* Cæterum ubi de causa in rem actionis quæstio incidit, rectius contra *Bachov. d. Disp. 1. th. 4.* putârim, ad duo tantum revocari debere actionis realis fontes, *dominium scil. & pignus*, tum quòd possessionis uti nullũ dominiũ, ita nulla vindicatio datur §. 1. §. 4. *I. de act. l. 23. ff. de R. V. l. fin. C. eod.* tum quòd Autore nostro fatente infra *Coroll. 3.* rerum quoq; incorporalium sive servitutum aliquod datur dominium.

Aphor. 3. Quàm variè à Dd. cortice verborum inspecto, dominium sit definitũ plurib. ostendit *Harpr. ad pr. h. t. n. 8. & seqq. Gœdd. ad l. 49. n. 7. ff. de V. S.* Nobis, qui alias aliorũ definitiones sua subsistentia gaudere haut inviti permittimus, hæc autoris, quã ex *Wes. ad pr. I. h. t.* hausisse creditur, uti simplicissima, ita etiã optima & hoc modo contra Dd. defendi posse videtur. Genus cũ *Giphan. ad rubr. tit. ff. de A. R. D. & ad §. 11. I. h. t. Theodor. Marcilio ad h. pr. Dn. Riem. Dec. 4. q. 1. & plurib. aliis ab Harpr. d. pr. n. 9. relatis*, Jus rectius quàm facultas, secus quàm existimat *Petr. Greg. Tolos. lib. 1. Syntag. Jur. c. 12. n. 3.* constitutũ censemus, *tùm* quia facultas illa effectꝰ potius est juris illius, cujus autoritate de rebus pro arbitrio disponimus: *l. fin. C. ne rei dom. vel temp. vind.* *tùm* quia per illud multo concisior & consequenter melior (in artib. enim q potest comodè fieri per pauca, non debet fieri per plura *Zabarell. lib. 4. de fig. Goclen. part. 5. q. Log. 55. Sagitt. axiom. Logic. dec. 1. ax. 7.*) reddi potest definitio, resectis illis superfluis (*quatenus jure non prohibetur*) quandoquidem hoc ipso, quo dominiũ jus à ll. Romanis tributũ dicitur, necessario infertur, non posse quem aliter de rebus suis disponere, eisq; dominari, nisi in quantum jus permiserit *arg. § fin. Inst. de his qui sui vel alieni jur.* *tùm* deniq; quia non minus ac iter, actus, via, *pr. I. de serv. rust. vel urb. præd.* ususfructus *pr. I. de usufr.* & emphyteusis *l. 19. pr. ff. de damn. infect.* sæpius quoq; dominium jus in ll. nostris appellatum legimus nimirum in *d. l. fin. C. ne rei dom. vel templ. & c. l. 6. C. de pact. int. emt. & vend. l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* modò tamen per jus non intelligamus causã efficientem sive titulũ aut modũ, quo

rem

rem nostro dominio subjicimus; ex quo capite Wesenbeciũ reprehendit *Gædd.d.loc.n 7.* sed id ipsum jus, propter quod nobis plenissima de bonis & patrimonio disponendi facultas competit, argumento verbi, *nostrâ*, quo de sub fine *hujus Aph.* Differentia desumitur ab objecto & forma. Objectum absolvitur unâ dictione *rei*, quæ uti est latissima, omne id, quod est extra jus personarum & actionũ positũ comprehendens *l.1. & 2.ff. de stat. hom. §.fin I. de I. N. G.& C.t.t.I.de reb.corp.& incorp.l.5.& l.23.ff.de V.S.ibiq; Gædd.* ita & hic suo ambitu res quoq; incorporales & jura cõplecti verius existimamus cũ *Robert 3. Animad.9. Gædd. d.l27. n 18. & seqq. & l.49. n.8. de V.S. Tr.Vol.2.D.20.tb.1.lit.L.Dn.Riem.d.loc.Dn.Ung. Exerc. 5.q.3.Gerh.Dec.4.q.1.* per *l.3.ff.si usufr. pet.l.15. §.8 ff. quod vi aut clam. l.8 ff. de reb. auth. jud. possid.* ubi usufructus, quæ res est incorporalis *tit.I. de reb.corp.& incorp.* materia & objectũ dominii expressè vocatur. Etenim quãvis ad eas regerat *Donell.10. Com. Jur. Civ.c 2.* vocẽ *dominii*, ubivis impropriè debere accipi: id tamen eidẽ hautquaquã concedendũ esse rectè existimat *Dn. Ung. d.loc. in Ajo.* per ea quæ sup. *Diss.1.aph.7. in pr.* de boni Interpretis officio disseruimus: inprimis quia etiã talia jura revera nobis sunt propria, h.e. ut de iis pro lubitu disponendi plenissima competat potestas, quæ forma est dominii uti paulò inferius docebimus. 2. Hæc nostra assertio verbis quoq; conceptis continetur *in l.4 ff.de usuf.* quã hactenus nemo Dd. quotquot inspicere contigit, dextrè intelligere & explicare visus est. *Donelli* n. *lib.10.Com.c.1.& Dd.cõmuniter* explicationẽ de usufr. causali, reprobant verba ipsius legis: *in multis casib.* cũ iste non in quibusd. solùm, sed per omnia proprietati adhæreat *l. 126.§.1.ff.de V.O. Pinell.ad l.1. C. de bon. matern. part.3 n.3. Job. del. Castillo, Quotid.cõtrov.de usuf.c.32.n.6.& seqq.Harp.ad pr.I.h.t.n.30.* cũ quib. etiã transit *Autor noster* J. *Diss.seq aph.36.* interpretantes verbũ *partis*, per vocẽ *similitudinis*, ita, quod usufr. propriè ita dictus & separatus magnã habeat cum dominio similitudinẽ & affinitatẽ, refutantur ex eo, quod nullibi in toto jure pars pro similitudine usurpata deprehendatur. Alias aliorũ divinationes & interpretationes quarũ una altera pejor est, quas collegit *Hill. ad Donell. 9. Com.9. lit. C.* jam non attingo: sed *d. l.4.* ita pro nostra sententia induco Novũ & insolens non est *totũ* in jure, idẽ denotare quod genus & *partẽ* pro specie accipi *l.68. pr.ff.de leg.3.* Ita namq; regula *l.76.ff de Rei Vind. l.7.§.6. ff.de pact. & l.113 ff de R.J.* Quod jus est in toto,

 idem

idem quoq; in qualibet ejusd. parte enunciatur *in l. 147. ff. de R. J.* his verbis: semper specialia generalibus insunt. Hoc dato, notum præterea & apud omnes in confesso est, dari aliquod dominium proprietatis *l. 2. C. de usufr.* sicubi vox *dominii* ad speciem additâ proprietate quam sæpissimè restringitur *l. 11. §. 2. ff. de pign. & hypothec. l. 4. C. de probat. l. 20. ff. de dam. infect. l. 22. & l. 25. §. 2. ff. de usufr. & aliis pluribus quas adducit Bachov. ad Treutl. vol. 2. Disp. 20. th. 1. lit. L. ibi: nam & incorporalium rerum. Dn. Riem. d. Dec. 4. quæst. 2. n. 1.* Quocirca nihil impedit, quo minus *in d. l. 4.* vocabulum *partis* pro specie cum *Gothofr. ibid. lit. X.* accipientes, ita l. istam resolvamus. *Ususfr.* (quà separatus à proprietate peculiare jus constituit) *est pars* (h. e. species opposita alteri speciei, scil. proprietatis dominio) *dominii* (in genere considerati, quod est jus quo res nostra est tam quoad dispositionem, quàm persecutionem) *ita ut aquè ex die dari & cum dies venerit, peti & vindicari possit.* Hinc 3. nascitur nostrum argumentū, quod suggerit *Gerhard. Dec. 4. q. 1.* cum firmiter concludimus: Cujus rei datur vindicatio: ejusdem quoq; est dominium §. 4. *Inst. de act. l. 23. ff. de R. V. l. 27. §. 2. & §. 4. ff. de aur. & arg. leg.* sed & jura puta servitutes reales *l. 2. §. 1. l. 6. §. 3. l. 4. §. 6. & t. t. ff. si serv. vind.* & usumfructum *l. 1. pr. l. 5. §. 1. ff. si usufr. pet.* vindicari legimus: Proindè necessariò quoq; eorundem jurium dominium benè statuitur. Nam quamvis *Dn. Ungep. ex Cujac. 5. obs. 29.* excipiat: hoc argumento quidem probari rerum incorporalium dari aliquod dominium, sed non doceri quòd verum: ac propterea majorem debere restringi ad vindicationem verā: minorem verò ad quasi vindicationem. Id tamen nequaquam admittendum esse putârim, quoniam nullibi in jure nostro quasi vindicationis extet vel nomen aut vestigium licet non diffitear, pro rebus corporalibus dari rei vindicationem in specie ita dictā, de qua lex 12. tabb. loquitur: pro juribus autem simplicem vindicationem, quæ ex dominio juris uti notavimus, oritur, & cū conspecie nihil habet commune nisi quoad genericā essentiā, h. e. quatenus utraq; dominiū verum supponit & arguit *l. 14. §. pen. & ult. ff. de except. rei jud.* Si verò, uti quidem videtur, *Dn. Ung.* quasi dominiū habuerit pro eo quod aliis dicitur minus plenum, salva nostrâ opinione id quidem eidem concedere possumus. 2. Excipit idem *Dn. Ung.*

in

in d. l.23. & aliis similib. textib. non dici, quòd omnis, qui in rem actionem, quam vocamus vindicationem §. 15. *Inst. de act.* habet, dominus sit: sed duntaxat, quòd dominus eam actionem habeat. Sed R. imò reciprocè id verum esse clarè ostendere *d. §. 4. Inst. de act.* ubi dicitur: in rem proditas esse actiones à Jure Civili, ut quis dominium suum vindicet: Inde namq; infallibiliter sequitur, quòd, qui in rem agit ex Jure Civili, prout juris Dominos posse probatum est, dominium vindicet. Et falsum id prorsus est, quòd omne jus in rem causa actionis in rem directæ dicatur, quia uti *sup. Aph. 2.* demonstravimus, possessio quoq; jus quidem in re quoddam est, nec tamen in rem actionem producit, veluti hoc idem evidentissimè probat *l. 14. §. fin ff. de except. rei jud.* ita licèt pignus creditori jus in rem pariat, ex eo tamen Jure Civ. nulla prodita est in rem actio, sed quæ creditori competunt Serviana & quasi Serviana, ex Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Actio igitur in rem civilis sive directa, uti *d. §. 4.* appellatur, & vindicatio sunt synonyma, & consequenter, qui directò in rem agit, sive vindicat, verus istius rei dominus erit. Quartò cum *Bachov. ad Treutl. Vol. 2. Disp. 20. th. 1. lit. L.* ita colligo: Quæcunq; res præcedente justo titulo, & causâ tradi apprehendiq; potest, ejus quoque potest esse dominium. Atqui res quoq; incorporalis potest ex justo titulo tradi & apprehendi. E. De titulo & causâ res est liquida, dum legando, vendendo, & aliis quibusvis modis servitutes transferri constat ex *l. 3. §. 2. ff. de act. emt. l. 3. pr. ff. de usufr. §. ult. J. de S. R. & U. P.* Traditionem earum satis luculenter probat *d. l. 3. de usufr.* ubi ususfructus dicitur dari, non quidem de manu in manum, sed per inductionem & patientiam, adeoq; per fictionem: non aliter ac horrei clavibus datis ipsum horreum *§. 45. h. t. & l. 74. ff. de contrahend. emt.* instrumenti traditione *l. 1. C. de donat.* custodis appositione *l. 51. ff. de acquir. poss.* res ipsa tradita putatur. Similiter quoq; & traditionis relatũ sive apprehensio non est vera, sed in usu cernitur, possessio enim juris consistit in usu, *l. 14. l. fin. ff. de serv. & l. 3. si usuf. petat.* & ita jus possideri dicitur *in l. 2. § ult. ff. de precar.* sed tamen hinc, quòd conditio & natura harum rerum non veram sed fictam admittit traditionem & possessionem non licet colligere; fictum quoque solùm, non verum earundem esse dominium; quia dominium

 quod

quod juris esse diximus, non ita qualitati harũ rerũ adversatur, veluti possessio & traditio, ob quã rationẽ necessariũ fuit fictã ejusmodi traditionẽ introduci, & 2. ex eod. arg. nec rerũ quoq; corporaliũ tali modo alienatarũ propriè sic dictũ dominiũ acquiri sequeretur, contra 5. adductas ll. & textus evidentissimos. Nec audiendus est *Donell.* dum pro contraria sententia ita *lib 9. Com. c. 8.* colligit: Dominiũ dicitur à domo. Atqui domus est res corporalis: E. dominii verbũ propriè ad res pertinebit corporales. Multis n. modis hęc collectio infirmari poterit. 1. negando, istã nominis derivationẽ communi omniũ Gramaticorũ calculo pbatã esse teste *Varr. lib. 5. de L. L. c. 2. & V. Guil. Forst. lib. singul. de dominio c. 1.* 2. Hoc posito, admodũ tamen infirma affirmativê ab Etymologia in jure duci argumenta: *Everb. in Topic. in loc. ab Etymolog. Joh. à Rebert. lib. 1 Topic. c. 4.* Quis enim sanus hanc cõclusinẽ admiserit? Mutuũ dicitur, ꝙ ex meo tuũ fiat. Igitur omnis contractus quo dominiũ ab uno ad alterũ transit, erit mutuũ: aut precariũ dicitur q. precib. impetratũ, E. quicquid precib. impetratur erit precariũ. 3. deducendo ad absurdũ & ita concludendo: dominiũ dicitur à domo: domus est res imobilis. E. tantum imobiliũ rerũ propriè est dominiũ, ô absurdũ! *Non* etiã adṽsantur, quando ex nostra hypothesi, ꝙ ex vindicatione de dominio judicari queat, ita colligunt: Qualis datur vindicatio usufructuario, & cæteris juris dominis, talẽ quoq; competit dominiũ Sed usufructuario conceditur utilis rei vindicatio *l. 73. in fin l. 75. ff. de R. V.* E. utile quoq; dominiũ. ℞. n. 1. ad majorẽ, distinctionẽ istã directi & utilis, actionũ esse propriã nec aliis reb. adaptari posse, ut origo ejusd. clarius ostendet: Directa namq; dicitur actio, q̃ tam ex verbis, quàm sententia Juris Civ. proficiscitur *l. 1. & 2. ff. de præscr. verb.* Utilis autẽ, quæ non ex ṽbis ll. neq; ex manifesta sententia, sed additia quadã interpretatione propter similitudinẽ rationis & utilitatis causa recepta est *l. 41. ff. de pign. act. l. pen. ff. si quad paup. fec. dic. l. 11. ff. de præscr. verb. l. 14. ff. de serv. corrupt. Bachov. D. de act. 2. th. 18.* Quis verò eod. modo dominiũ obvenire adstruet? 2. etsi faciamꝰ ex actione de dominio judicari oportere, facilè tamen obtinebimꝰ juris dominis directũ quoq; juriũ competere dominiũ. Stante namq; ista majore: *Qualis datur vindicatio tale quoq; penes eund. erit dominiũ:* Subsumimus: atq; usufructuarius & cæteri juris domini ratione juris ex ipsa lege & directã habent vindicationẽ *l. 1. pr. & l. 5. §. 1 ff. si usufr. pet. cũ similib.* E. Quocirca 3. apparet, minorẽ adṽsariorũ tantùm quoad ipsum

ipsum fundū, in quo ususfr. est constitut9, verā esse & concedi posse, non a. rationē juris quo de quæstione instituimus. Etenim cū lex rei vindicationē specificè ita dictā dedisset rei domino *l.1. §.1. ff. de R.V.* Ususfructuarius autē rei dominus non esset, videbatur eidē ex verbis legis directa rei vindicatio non competere. Attamē quia iniquissimū foret prædio ab alio possesso, ususfructuariū suo ususfructu quo sine prædio uti nequit, carere: Idcirco p interpretationē factū est, ut etiā prædiū utili rei vindicatione ususfructuarius posset petere *d. l.73.* Porrò non obest *Hill ad Don. 9. Com. 8. lit. A.* ex Alciato talis instituta collectio: sicuti juriū nō vera, sed quasi est possessio *l.32. §.1. in fin. ff. de serv. præd. urb. l.3. pr. ff. de acquir. vel amit. poss.* Ita quoq; eorū non verū, sed quasi erit dominiū *arg. l.1. §.1. ff. d. t. de acquir. vel am. poss.* Resp. n. malè à possessione ad ipsū dominiū colligi, cùm nihil sit cōmune possessioni cum ipso dominio *l. 12. §.1. & l. 52. ff. d. t. de acquir. vel am. poss.* possessio enim in facto consistit, & ipsa rei insistētia *d. l. 1.* dominiū a. est juris *l.1 §.3. & l.49. ff. eod. l.3. §.1. ff. de bon. possess.* nec 2. ad omnē dominii acquisitionē possessio reqritur, siquidē multarū rerū jure Civ. nanciscamur dominiū etiā sine possessione *l.14 ff. de publ. & vectig. §. ult. I. de offic. Jud. l.80. de leg. 2. l 64. ff. de furt. & l. 11. ff. de lib. & posth.* ita quoq; & olim p cessionē, mancipationē, adjudicationē res alienabantur ut dominiū etiā Quiritarium consequeretur emtor *Ulpiin Frag. tit. 19. per tot.* licèt de Jure Gent. ad antiquissimā dominii acquisitionē, q̄ fit p occupationē, possessio maximoperè sit necessaria, quò congruè referimus *d. l. 1. de acq. vel am. poss.* vide not. ad *aph. 36.* Nihil prætereà moramur text illos, quib. usufructuar. vel expresse dominus esse negatur, vel domino opponitur, quos congessit *Dn. Ung. Ex. 5. q. 3. in Neg.* Quia cōmodè eosd. ad ipsā pprietatē referre possumus, qppe cuj9 intuitu, cùm nudū saltē jus in re habeat fructuarius, rectè ipsius rei dominus esse negatur. Deniq; absonū non est, uti quibusdam videtur, quod ex hac nostra sententia libertatis quoq; dominiū quoddam sequatur, hinc quoniam pro ea asserenda competit actio in rem confessoria, & præjudicialis, quæ in rem esse videtur *§. 13. I. de act.* Quia utiq; id omninò asserimus, proptereà q in præjudicialib. primò omniū quæratur de possessione *l.10 pr. l.12. §. in fin ff. & l.14. C. de lib. caus.* quæ possessio sanè ad aliquod ingenuitatis & libertatis se refert dominiū. Ubi enim est legitima & secundùm ll. requisita possessio, ibi est longi temporis præscriptio sive usucapio *l. un. C. de usuc. transfil. fini. C. de*

C. de præscript. long. temp. ubi verò est usucapio, ibi quoq; erit dominium *l.3. ff. de usucap.* At verò servi dicuntur esse in possessione libertatis *d. l.10. pr. & seqq. ff. de lib. caus.* Idcirco si in eadem per legitimum tempus fuerint, non solùm exceptionem, sed & actionem paratam habebunt *arg. l.16. ff. si serv. vind.* Hinc passim illæ actiones pro asserenda libertate appellantur vindicationes *l.3. pr. l.8. §.1. & §.2. ff. d. t. de lib. caus.* & petitiones *l.7 §. fin. l.26. 29. & paßim. eod. tit.* quæ in rem sunt & dominium præsupponunt. Tantum de objecto. Restat forma quam innuit vox NOSTRA, quâ separatur dominium partim ab obligatione, quatenus hæc tantùm parit jus ad rem, eamq; considerat ut adquirendam, cùm dominium supponat rem nostræ potestati & dispositioni suppositam: partim à reliquis in re juribus, quippe cùm ex dominio de re in nostro patrimonio existente non solùm quoad usum, sed & abusum sive consumtionem & alienationem disponere *l. 21. C. mand.* quin & amissam vindicare possimus *d. §. 14. Inst. de act. & l.23. ff. de R.V.* cum tamen reliqui juris domini neq; rem ipsam, neq; jus suum pro arbitrio alienare valeant, imò irrequisito domini consensu alienantes de suo jure cadant *l. ult. C. de Jur. Emphyt. cap. 1. de probib. feud. alien.*

Aphor. 5. Non possumus non rursus Triboniani in dividendis rebus incuriam, sive etiam in admittendis aliorum parum concinnis distinctionibus facilitatem notare, non quidem ex mente *Gregor. Tholosan. lib. 1. Syntagm. Jur. cap. 1. n. 3. & Vultej. ad pr. h. t.* quasi summam sive primam rerum divisionem rectiùs à natura & substantia rerum arcessisset, easdem dispescendo in corporales & incorporales, hinc, quòd substantia dominio & possessione tanquam accidentibus longè prior existat: quandoquidem jam supra *ad Aphor. 2.* docuimus, Jurisconsultum non considerare res Physicè, & secundùm suam naturam, sed sub hac qualitate & modo quatenus jus in iis aliquod habemus vel non: aut si quidem de illa Vulteji prima divisione JCtū agere contingat, eandem à Physicis mutuari, exemplo divisionis personarum ratione sexus in marem & fœminam, quam ipse *Vult. ad pr. sup. de Jur. pers. n. 4.* fatetur propriè ad JCtos non pertinere, sed aliunde desumtam ad propositum à JCtis accommodari. Alio igitur ex capite *Gaji in l. 1. ff. de rer. divis.* summam sive primam & generalis-

ralissimam reprehendimus illam rerum divisionem, quâ res vel divini vel humani juris esse dicuntur; eiq; proxima substituitur hæc, quâ res vel in nostrò patrimonio vel extra illud esse perhibentur: cum multò rectius in verso ordine, rerũ divisionem instituisset, eâ quam ceu subdivisionem posteriori loco posuit, præmissâ, non solùm, quia uti sæpius monitum est de rebus principaliter eo fine & intentione JCtus tractat, quâ vel nostræ jam sunt, aut certe per obligationem fieri possunt vel non: verùm etiam, quia isthæc divisio, qua res divini vel humani juris sunt alteri isti divisionis membro, quo quædam bona extra nostrũ patrimonium sunt, propria est: siquidem ut eleganter deducit autor, extra nostrum patrimonium sunt res vel absolutè vel secundùm quid &c. *aphor. 6.* ea autem quæ sunt in patrimonio, sive actu, sive potentia humani tantum juris sunt & res singulorum. Neq; insufficientiæ potest argui hæc nostra distinctio, propterea, quod imò tertia rerum detur species, earum scil. quæ neq; in patrimonio, neq; etiam extra illud sunt, prout de servitutibus hoc explicitè traditur *in l. 1. ff. de usu & usufr. legat.* Etenim non dubitamus quoad *h. l.* Donellum 4. *Comm. 5.* Dn. Arum. *Exer. Inst. 4. th. 3.* & Harpr. *ad pr. h. t. n. 169.* aliquo modo secuti firmiter statuere: JCtum Paulum *d. loc.* de servitute constituta & formata, quam & vindicare & in dominio nostro habere nos posse subantea probavimus, non posse nec debere intelligi, sed de servitute de novo constituenda, hoc modo textũ resolventes. Cùm SCto permissum esset, omnium rerum quæ in bonis nostris fuerint, usumfructũ legare *l. 1. & seq. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu cons.* legavit quidam usum itineris per fundum suum, h. e. ut liceret alicui fortè ad tempus vitæ ire per fundum suum: Hîc cùm servitus ipsa itineris non nisi per patientiam heredis & usum alterius deducatur in esse, utiq; apparet, testatorem usum ejus rei, puta servitutis legasse, quæ neq; in bonis suis, servitute nondum constitutâ, neq; etiam extra bona fuerat, sicubi non per alienum, sed per proprium fundum usum itineris legaverat. Et hanc nostram interpretationem non infringunt rationes à *Dn. Ungep. Exerc. 5. quæst. 1. in Ajo* oppositæ: non *pr. Inst. de S. R. & U. P. junct. l. 69. pr. ff. de leg. 3.* undè fortassis ita argumentatur: Quia à proprietate vocabuli non facilè est recedendum, ideoq; verba isthæc *d. l. 1*

itineris, actus, viæ, propriè & de jam formata servitute debent accipi. Resp. enim nullam esse consequentiam, si dixero: verba *itineris actus &c.* sunt intelligenda propriè. E. de servitute constituta, siquidē & illa quæ adhuc dum constituitur servitus propriè tamen sic dicta esse possit. Quis n. tā lepidus fuerit, ut servitutes adhuc futuro ædificio imponendas, de quib. *in l.23. §.fin ff. de serv præd. urb. l.25. §.10 ff fam. hercisc.* impropriè sic dictas appellet? non quoq; resistit ꝙ Paulus dicat, servitutē servitutis intellge (*ait Dn. Ung.*) rectè formatæ non dari. Quia 1. etiā de servitute in spe istā rationem citra absurditatem intelligere possumus. Adhæc non illā unicā duntaxat rationem adducit JCtus *in d.l.* sed utiq; ad exceptionē, quæ à SCti concessione petitur, hanc alterā subjicit: ꝙ imò talis servitus nec in bonis, neq; extra bona sit, q. velit dicere: Licèt ex hac causa, ꝙ servitus servitutis esse nequeat, quis non ꝓhibeatur legare usumfructū itineris ob SCti permissionē: attamen ex alia id facere non licet, nimirū, quoniā ista servitus post mortē testatoris constituenda neq; ex bonis, neq; etiā extra bona ejusdē existit. Et hanc nostrā sententiā apprimè confirmant decisionis illa verba: *aut ea servitus constituatur &c.* quib. innuitur, ꝙ quia constet de voluntate testatoris usum itineris alicui legare volentis, nec tamen servitus adhuc in ipsius bonis fuerit, optimè hoc modo ipsius voluntati satisfiat, si servit⁹ constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius restituatur. Parū quoq; obsistunt illa vba: *neq; extra bona*, q̄ ineptè putat accōmodari servituti nondū formatæ; cùm q̄ in rerū natura nō sunt quàm maximè sint extra bona. Quia uti paulò ante diximus hactenus constituenda illa servitus extra testatoris bona non est, quatenus per alienū ad suū fundū ire, agere licere testator legâsset: Minimè deniq; obest, ꝙ si neutra servit' valeret, actione incerti legatario ineptè succurreretur: Quia utiq; hæc ipsa ratio importat quā maximè servitutē aliquā in esse nondū deductā, cùm si isthæc jam tum extitisset, actionibus legatariis regulariter competentibus eandem petere valuisset.

Aphor. 7. Ut igitur res aliqua sacra specificè & propriè ita dicta habeatur, tria oportet concurrere. *Persona, ritus, & finis.* Personæ requiruntur duæ, *una* cujus res est ut consentiat, si quidem res sit privata, ejus dominus *§.11. I. h.t. & arg. l.21. C. mand.* sin locus aliquis publicus, Princeps *l.9.§.1.ff. de rer. div.* Et hæc una est ratio cur

§.8.

§.8. I.h.t. ubi per Pontifices ritè locū sacrū Deo dicari traditur, nihil obstare dicat Autor *l.9.§.1.ff. de R.D.* scil quòd cùm de loco publico consecrando ibid. agatur, Principis tantùm consensus & dedicandi voluntas, sicut in qualibet re privata ejusd. domini, desideretur, non autē dicatur ut ipse dedicationis solennia peragat. *Altera* persona est consecrans. Poterant a. hæc solùm expedire illi, penes quos cura sacrorū erat *l.8.ff. de reb. & sumpt. fun.* Pontifices nimirum maximi sive Præsides Collegii Pontificum, quorum officiū latè explicat *Alex. ab Alex. lib.2. Gen. dier. c. 8.* & latissimè *Jac. Gviterius de Jure sacro.* In hoc uterq; convenit attestantibus fide dignis scriptoribus, quos recenset *Bachov. part.1. ff. de sac. Jur. object. n.14.* non solùm ab initio urbis Romæ reges, sed & mutata Reip. facie, Consules, & deniq; Impp. tanti hanc dignitatē Pontificalem æstimâsse, ut ipsi eandē adsumere non erubuerint. Hinc altera nascitur *d.l.9.§.1.* conciliandi ratio & explicatio: nimirū Principē non quà talē, sed quà Pontif. Maximū locū publicum dicare & consecrare posse, sed mallē retinere priorē solutionem, ob verba *dedicandi potestatē dedit*, & materiā subjectā, qui est locus publicus. *Ritus* dedicandi ratione temporis variabat. Jure veteri & eo seculo, quo Romani adhuc gentiliū errorib. implicati vivebant, consecratio peragebatur à Consule aut Imperatore accenso foculo, cum tibicine, verbis priscis & solennib. præeunte Pontifice maximo, præfante carmen, capite velato ac concione advocatâ & jussu populi *Alex. ab Alex. lib.6. Gen. dier. c.14.* quo de videntur loqui *§.8. I. h. t. l.6. §.2. & l.9. pr. ff. de rer. div.* Posteriorib. temporibus, & ætate Justiniani per cujusq; loci Episcopū, observatis quibusd. ceremoniis peculiarib. dedicatio templorū expediebatur uti, latius explicat *Nov. 67. p. tot.* *Finis* est ut publicè res Deo consecretur, ad q non sufficit, ut palàm, nec etiā, ut publica authoritate sacrū quid constituatur, sed potissimùm, ut usus ejusd. sit publicus, & omnib. cōmunis non privatus *d.l.6.§.3. & d.§.8. I. h.t.* id quod ipsum haut leviter confirmatur inde, q ubiq; locor. quib. de crimine sacrilegii tractatur, mentio fiat templi: *l.6. l.9. §. 1. & l.10. ff. ad L. Jul. pec.* nec sacrilegium cōmitti dicatur, nisi ex templo & loco sacro publico res Deo dicata auferatur *l.5. d. t. & l.26. §.4. ff. de pæn.* Et hanc à *Treutl. Vol.2. D. 20. th.1. lit. B.* verbi *publicè* traditā explicationem non impedit, uti quidem existimat ibid. *Bachov.* quòd olim apud priscos Romanos

Dd 2 pri-

privata familiarũ sacra fuisse apparet non modò ex *d. l. 9. §. 1. ff. ad L. Jul. pec.* sed & infinitis propemodùm Juris textib9, quibus sacra paterna, pro potestate patria usurpata leguntur veluti *l. ult. §. ult. C. de inoff. test. l. fin C. ad SC. Tertull. l. pen. §. 1. C. de adopt. l. 20. C. de nupt. l. ult. C. de Curat. furios. l. 12. C. de Collat. l. 3. C. de bon. matern. l. 2. C. de bon. quæ liber.* & inprimis *ex Jacobo Ravardo*, quippe qui *lib. 2. Conject. c. 11.* id ipsum deducit & ꝓbat fusissimè. Resp. enim 1. à modo administrandi sacra, ad modum constituendi malè inferri. Nam quamvis parentes suis Diis penatibus ex instituto Pontificum privatim sacra faciebant, constituere tamen sibi propria quædam sacra perennia non poterant, vetante lege Papyria, quâ sancitum erat: ne sine jussu populi consecrare aut sempiterna religione locum obligare liceret. *Alex. ab Alex. d. c. 14. Cicero pro domo.* Quocirca 2. si ex instituto Pontificum stato die *veluti diebus natalibus lustricis, nuptialibus & denicalibus*, privata sacra administrabantur, ut testis est quoq; *Festus in Fragm. verb. sacer.* certè approbationis respectu & ipsa non inconvenienter publica appellari poterunt. Proprio igitur ausu & authoritate qui sacrum quid constituere volebat, hactenus quidem id facere poterat, ut is ipse pro sacro idem haberet, non autem, ut successores quoq; eadem religione adstringuntur: nam tale sacrum ab heredibus pro lubitu fuisse mutatum argumento esse possent Epistolæ *Ciceronis ad Att. 19. 34. & 35.* secus quam in rebus verè sacris obtinet. Quod enim semel Deo dicatum est, ulterius ad usus humanos transferendum non est *c. semel 51. de R. J. in 6.* hinc inutiliter rem sacram stipulor, & liberatur promissor rei profanæ, si sine facto ejus res sacra esse cœperit *l. 83. §. 5. ff. de V. O.* nec nisi certis & designatis casibus *in l. 21. C. de SS. Eccles. Nov. 120. & c. 10. c. aurum caus. 12. quæst. 3.* rem sacram alienare concessum est. Malè propterea à quibusdam in contrarium adducuntur *l. 22. & l. 24. ff. de contrah. emt.* Quoniam in iis nequaquam rerum sacrarum modicarum venditio permissa est, sed hoc duntaxat ibidem disponitur, quòd res modica sacra transeat quidem cum emtione majoris partis: sed tamen si pactum hoc in venditione fundi intercesserit: *si quid sacri, vel religiosi est, ut ejus nihil veniat:* & pars quædam sacra reperiatur, quòd tam venditor hac cautione tutus sit, nec si evincatur, nomine doli vel de evictione, quam

aliàs

aliàs regulariter præstat *l.b.6. C. de evict. l. 11. ff. de act. empt.* conveniri queat.

Aphor. 8. & 9. Unde rerum sanctarum denominatio nata & deducta sit variè inter se discrepant Lexicographi, quos jam conciliare & corrigere non est animus, cùm non verborum, sed rerum curam nobis imposuerimus Meritò autem probamus hac in parte Ulpiani sententiam cum in *l. 9. §. 3. ff. de rer. div.* tradit, res sanctas dici, quæ sanctione quadam, intellige speciali & expressa, firmatæ sunt, & ab hominum injuria defenduntur & muniuntur, ita ut reciprocè verum sit: *id omne sanctum esse cujus læsio vindicatur pœna capitali*; & *sanctum nihil esse, quod pœna non defendatur.* De illo vix dubitandum est, quoniam oportet id venerandum esse, propter quod offensum homo occiditur. *Bachov. ad h. §. 8.* Hoc, quod non de capitis solùm, verùm etiam alia quacunq; pœna intellectum volumus, probat non solùm jam laudata rerum sanctarum denominatio, sed vel maximè illa ab Imper. *in fin. h. §. 8.* adjecta verba: *ideò & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus:* quippe quæ ostendunt, leges ab ea parte, quæ muniebat easdem adversus hominum injurias & subjectâ pœna inviolabiles reddebat, sanctas dictas esse, ab effectu scilic. quia per eam fit, ut legi sua autoritas & sanctitas constet *l. 41. ff. de pœn.* Etenim in omni lege vulgò tres numerant & constituunt partes, procœmiū, capita, & epilogum sive sanctionem *Gothofr. d. l. 41. lit. Y.* & imperfecta lex sine sanctione habebatur *Macrob. cap. ult. Commentar. in somn. Scipion.* Sed hisce videntur obstare plurima. I. enim si sanctum id omne appellaverimus quod sanctione quadam munitum est, sequitur, famam, vitam, conjugia & tantum non omnia quæ pœnâ adjectâ violari prohibentur sancta dicenda esse. II. Cùm non omni legi certam pœnam appositam esse appareat, videntur ne illæ quidem hoc sensu esse sanctæ. III. Imò à pœna solùm capitali propriè secundùm JCtos sanctas res dici, hinc evidens est, quòd muri propterea sancti esse perhibeantur, quia pœna capitalis in eorum violatores constituta est. Ad quæ ego responderim & quidem ad 1. non simpliciter & absolutè id accipiendum & verum esse de omnibus omninò rebus & subjectis, sed solùm iis quæ Reip. sunt immediatè, & per quorum violatio

nem principaliter salus publica convellitur: talia namq; reperimus esse omnia, quæ sanctione ab hominum injuriis defensa sancta dicuntur, puta legati *l. ult. ff. de legat.* muri §. 8. & portæ *l. 2 ff. ne quid in loc. sacr* & inprimis leges: ἐν τοῖς γὰρ νόμοις ait *Aristot. lib. 1. Rhet.* ἡ σωτηρία τῆς πόλεως, ad 2. dixerim: 1. quas ll. cõmuniter solemus appellare in jure ff. propriè loquendo leges non esse, sed centones & verius frusta sive capitula ex antiquorũ JCtorum libris decerpta, & in unum veluti Chaos indigestè ac dispersissimè congesta ac confusa. *Hottom. in præfat. lib. 5. observ. Angel. Matthæac. de via jur. lib. 1. c. 29. n. 1. & 2.* Leges namq; ut ex dictis constat, tribus absolvuntur partibus, easdem verò in ll. ff rarius adesse ὀφθαλμοφανῶς apparet. Vel 2. Quando easd. non ex se & particulariter, sed in genere æstimaverimus, quatenus scilicet istis cum propriis & à se latis Justinianus æqualem attribuit autoritatem, adhuc rectè sanctas hoc respectu easdem dixerimus, quatenus earum ne minimã quidem pessundare, aut per vim in ejusd. eversionem quid citra pœnã gravissimam moliri licet. Ad 3. regesserim, quòd exempli tantùm loco murorum *in d. l 8.* mentio injiciatur, ideò quod vel maximè id sanctũ haberi debeat, in cujus violationem pœna capitis constituta sit. At verò hinc generalẽ sanctarum rerũ definitionem extruere non licebit, quasi eæ tantum sint, in quarũ violatores pœnâ capitis animadvertitur. Longè enim aliter quoad hoc Ulpianũ sentire jã ante diximus ex *l. 9. §. 1. ff. h. t.* ubi sanctas res eas dici cernimus, quæ sanctione quadã confirmatæ & subnixæ sunt. Hisce sic definitis pergimus ad reliqua. Portas verè sanctas esse claret tùm ex *l. 2. ff. ne quid in loc. sacr. & l. 1. ff. de rer. div.* tùm ex præmissa rerum sanctarum descriptione, & ejusd. ad portas applicatione: siquidem & in portas cumprimis occlusas per vim quid attentare nefas esse quotidiana doceamur experientia. Alio igitur *Plutarch. in quæst. Roman. q. 27.* & Romulo quem citat hic allegatus *Alexand.* & ipse dissentiens, respicit. quando propterea portas sanctas esse negat, quoniam per illas defuncta feruntur corpora, nimir. ad jus Pontificum & augurum ceremonias, *Rittersh. ad §. sanctæ* quas in designandis aratro muris adhiberi solitas graphicè *Alexand.* ibid, descriptas exhibet. At in jure nostro Civ. ab ista sanctarũ rerũ appellatione videtur discessum, cùm ut audivimus tales dicantur non quatenus res per eas invehi aut evehi prohibentur,

sed

sed ob pœnā in temeratores ordinatam, uti ipse *Alex. d. c. 142 pag.* (mihi) *354.* haut invitè & obscurè testari videtur. *Porrò* quod attinet illam quæstionem *an murorum municipalium transcensores pœnâ capitis sint plectendi*; absq; hæsitatione affirmatè respondemus per *in §. n. 10. junct. l. 8. §. ult. ff. de rer. div.* unde sic infero: Quicunq; muri sancti sunt, isti tales habentur, quia pœna capitis in ejus violatores constituta est *d. §. 10.* Sed in municipiis quoq; muros sanctos esse Sabinum respondisse Cassius refert *d l. 8. §. ult.* E. Accedit præterea *l. ult ff. eod.* quæ generaliter dicit, muros non licere violare, alioquin pœnam capitis statutam esse. Ergo quod dicitur de genere, in singulis quoque speciebus verum est. Quapropter admittendi non sunt, qui propterea mitiùs horum transilitores puniendos esse censent: 1. Quod justa debeat esse peccati & pœnæ proportio sive commensuratio *l. 11. ff. de pœn. cap. felicis. 5. de pœn. in 6.* ita ut graviori delicto major pœna constituatur. At verò dicunt, qui Romæ ceu capitis orbis terræ *l. 3. C. de Consul. & non sparg. ab his pec.* muros transcendit graviùs utiq; delinquit, quam qui alicujus municipii mœnia transilit. Idcirco non æqualis ubiq; pœna justè constituitur. Resp. n. ad minorem: utut concedamus transscensorem murorū urbis Romanæ graviùs quid cōmittere, quàm eū, q in municipio transscendit: Attamen quin, si in hunc posteriorem delinquentem pœna capitalis statuitur, optima sit pœnæ & delicti proportio, nemo inficiabitur, cùm utiq; sit justissimum sub pœna gravissima transfugis exitum, & hostibus aditum præcludi, eidemq; qui plurium vitæ transcendendo, adq; hostes fugiendo (de eo enim non autem qui expediendæ salutis gratiâ muros transilit textum *l. ult. ff. de rer. divis.* accepimus ob verba: *cum illud hostile*) insidias molitus est, vitam adimi. Potiùs igitur tales æquitatis studiosuli legum nostrarum inculant remissam lenitatem, quàm ut de earund. atrocitate conqueri jure valeant. Nec quoq; obsistit, quod Romi *in d. l. ult.* fiat mentio, ac proinde de ea solùm civitate ubi idem factum contigit, loqui videatur. Resp. n. 1. novum non esse, ut JCti exempla, quib. rem propositam illustrare satagunt, ab urbe Romana mutuentur, nec tamen negent, quin eadem juris dispositio ubivis locorum & in omnibus municipiis pariter obtineat. vid. *l. 17. & l. 4. ff. de reb. cred.*

l.1.§.3.ff.de postul. nam 2. Ideò potissimùm ab urbe Romana exemplum petunt, quia uti dicitur *§.fin. Inst. de satisdat.* omnes provinciæ necesse habent caput omnium civitatū, quod est Roma, ejusque observantiam sequi. 3. nec propterea quicquam istud concludit argumentum, quia exemplorum non est restringere aut ampliare regulam, sed eandem declarare *l.19.ff. de instr. & instr. legat. Diss 1. Aphor. 12.* cùm (ut huc verba Justiniani *in l.fin. C. de temp. in integr. rest.* transferam) ex differentia locorum aliquod induci discrimen satis absurdum sit. Tandem nec ideò hæc in murorū transilitores constituta pœna æquitati repugnat, quoniam nefandum Romuli fratricidium sanctionis ejusdem causa πρωταρχική extitit. Nam resp. Imò exinde legis alicujus injustitiam æstimari non licere, quod improbum aliquod factum occasionem ejus ferendæ dederit, quia, ut accommodatè scribit *Alex. ab Alex. d. lib. 6. Gen. dier. cap. 14.* memoriæ proditum est, malos mores optimis ferendis legibus sæpè causam dedisse, quia ubi perperam vivitur, multiplicibus edundis legibus magna datur occasio. Ita quis legem Solonis, qua parricidium fecit capitale iniquam ex eo dixerit, quòd crimen ipsum perpetratum eandem Legislatori expresserit? Scitè igitur ait Gentium Doctor 1. Tim. 1. v. 9. Justo nulla lex posita est. Nimirum, quoniam si sua quisq; sponte virtutis amore à malo abstineret, & quantum sive ingenii, sive virium datum est in Reipubl. usurparet incrementum, nullis legum repagulis opus foret.

Aphor. 10. Duo hîc illustranda sunt: 1. Quâ ratione religiosæ res nullius in bonis sint. 2. Quomodo utraq; *d. §. 9.* lectio tam affirmativa quàm negativa possit tolerari, sed tamen affirmativa retineri debeat. *Primò* enim cùm expediti juris sit, tum quòd ab initio locum purum nemo possit efficere religiosum nisi consentiente eo, qui jus in re habet, sive sit ususfructus, sive ipsum dominium, idq; vel solidum, vel si de inferendo extraneo agitur, pro parte *d. §. 9. & l. 6. §. pen. ff. de rer. div. l. 2. §. 1. de relig. & sumpt.* adeò ut si contra fiat, actio in factum competat ad interesse & æstimationem *d. l. 2. §. 1.* & socius præterea teneatur famil. herciscundæ & communi dividundo judicio *d. l. 2. §. 1. in fin. & l. 6. § 6. ff. com. divid.* tùm quòd in locum jam religiosum factū nemini liceat sepelire, nisi ipsis dominis, aut quibus hi permiserint:

rint: Utiq; concludendum videtur, locum relligiosum non esse rem commercio exemtam & nullius, sed dominio alterius quam maximè subjectam. Verum sciendum est, res religiosas considerari vel in se, vel ratione juris sepeliendi: priori modo locus religiosus consideratus nullius est in bonis, nimirum quoad proprietatem, hactenus ut semel religiosum effectum pro lubitu effossis ossibus aut recondito corpore profanare, & non religiosum constituere non liceat *l.8.l.39.& l.44. §.1.ff.de relig.& sumpt. fun.* neq; venire, neq; obligari, neq; adjudicari, neq; vindicari possint à quoquã *l.2.l.4.& l.9.C. de reb.& sumpt.fun.§. item juris I. de inut.stip.§.ult.Inst.de emt. & vendit.l.43.ff.de rei vend.* At verò juris sepeliendi respectu & quatenus vel uni vel pluribus etiam toti familiæ jus inferendi in commune sepulchrum quæsitũ est privati quodammodò juris esse *l.2.§.2.vers.sed & illa.ff.de interdict.* familiaris & jure hereditario adquisitus *l.5.& seq.ff.de reb. & sumpt.fun.* & utiliter interdicto, quo de dominio quæritur, peti locus religiosus dicitur *l.43.ff.d.t.de reb.& sumpt.fun. Connan.3. Com.cap.4.n.2.* eodem modo, quo via & loca publica in nullius quidem privati sunt dominio; attamen si quis iis uti prohibeatur, propter interesse & jus privatum interdicta de iisdem competunt *l.2.§.20.& seqq.ff.ne quid in loc.publ.* Hodiè cùm loca sepulturis aut in templis Deo sacratis sint parata, aut alibi extra urbem certis ceremoniis destinentur *c. adhac de relig. dom. c. in Ecclesiastico c.13. quest.2.* de hoc nulla dubitandi ratio subest. *Deinde* quòd utraq; *d.§.9.* lectio commodum quidem sensum habeat, affirmativa verò magis probari debeat hinc fit manifestissimum. Diximus in locum alienum invito domino mortuum inferre non licere, proinde opus est, ut qui jus in fundo habet, vel ab initio consentiat illationi, vel eandem postmodùm ratam habeat. Ratihabitio namq; confirmat ea, quæ præcesserunt *l.fin. C.ad SCt.Mac.* atq; ita rectius legitur: *licet posteà ratum habuerit:* juxta Florentinam *in l.6.§.pen.ff.de rer.div.* Sin negativè legeris, talis erit sensus: In alienum locum consentiente Domino licet inferre mortuum, ac licèt is posteaquam mortuus illatus est, ratum non habuerit, tamen locus religiosus esse non desinit: verum hanc posteriorem ideò rejicimus, quia sensus prædictus refragatur naturæ ratihabitionis, quæ est ut mandato comparetur

 in

l.1.§.3.ff.de postul. nam 2. Ideò potissimùm ab urbe Romana exemplum petunt, quia uti dicitur §. *fin. Inst. de satisdat.* omnes provinciæ necesse habent caput omnium civitatū, quod est Roma, ejusque observantiam sequi. 3. nec propterea quicquam istud concludit argumentum, quia exemplorum non est restringere, aut ampliare regulam, sed eandem declarare *l.19.ff. de instr. & instr. legat. Diss. 1. Aphor. 12.* cùm (ut huc verba Justiniani *in l.fin. C. de temp. in integr. rest.* transferam) ex differentia locorum aliquod induci discrimen satis absurdum sit. Tandem nec ideò hæc in murorū transilitores constituta pœna æquitati repugnat, quoniam nefandum Romuli fratricidium sanctionis ejusdem causa πρωταίτιον extitit. Nam resp. Imò exinde legis alicujus injustitiam æstimari non licere, quod improbum aliquod factum occasionem ejus ferendæ dederit, quia, ut accommodatè scribit *Alex. ab Alex. d. lib. 6. Gen. dier. cap. 14.* memoriæ proditum est, malos mores optimis ferendis legibus sæpè causam dedisse, quia ubi perperam vivitur, multiplicibus edundis legibus magna datur occasio. Ita quis legem Solonis, qua parricidium fecit capitale iniquam ex eo dixerit, quòd crimen ipsum perpetratum eandem Legislatori expresserit? Scitè igitur ait Gentium Doctor 1. Tim. 1. v. 9. Justo nulla lex posita est. Nimirum, quoniam si sua quisq; sponte virtutis amore à malo abstineret, & quantum sive ingenii, sive virium datum est in Reipubl. usurparet incrementum, nullis legum repagulis opus foret.

Aphor. 10. Duo hic illustranda sunt: 1. Quâ ratione religiosæ res nullius in bonis sint. 2. Quomodo utraq; *d. §. 9.* lectio tam affirmativa quàm negativa possit tolerari, sed tamen affirmativa retineri debeat. *Primò* enim cùm expediti juris sit, tum quòd ab initio locum purum nemo possit efficere religiosum nisi consentiente eo, qui jus in re habet, sive sit ususfructus, sive ipsum dominium, idq; vel solidum, vel si de inferendo extraneo agitur, pro parte *d. §. 9. & l.6. §.pen. ff. de rer. div. l. 2. §. 1. de relig. & sumpt.* adeò ut si contra fiat, actio in factum competat ad interesse & æstimationem *d. l.2. §.1.* & socius præterea teneatur famil. herciscundæ & communi dividundo judicio *d. l.2. §.1. in fin. & l.6. §. 6. ff. com. divid.* tùm quòd in locum jam religiosum factū nemini liceat sepelire, nisi ipsis dominis, aut quibus hi permiserint:

rint: Utiq; concludendum videtur, locum relligiosum non esse rem commercio exemtam & nullius, sed dominio alterius quam maximè subjectam. Verum sciendum est, res religiosas considerari vel in se, vel ratione juris sepeliendi: priori modo locus religiosus consideratus nullius est in bonis, nimirum quoad proprietatem, hactenus ut semel religiosum effectum pro lubitu effossis ossibus aut recondito corpore profanare, & non religiosum constituere non liceat *l.8.l.39.& l.44.§.1.ff.de relig.& sumpt. fun.* neq; venire, neq; obligari, neq; adjudicari, neq; vindicari possint à quoquã *l.2.l.4.& l.9.C. de reb.& sumpt.fun.§. item juris I. de inut.stip.§.ult.Inst.de emt. & vendit.l.43.ff.de rei vend.* At verò juris sepeliendi respectu & quatenus vel uni vel pluribus etiam toti familiæ jus inferendi in commune sepulchrum quæsitũ est privati quodammodò juris esse *l.2. §.2. vers. sed & illa.ff. de interdict.* familiaris & jure hereditario adquisitus *l. 5.& seq.ff.de reb. & sumpt.fam.* & utiliter interdicto, quo de dominio quæritur, peti locus religiosus dicitur *l. 43.ff.d.t.de reb.& sumpt.fun. Connan.3. Com.cap.4.n.2.* eodem modo, quo via & loca publica in nullius quidem privati sunt dominio; attamen si quis iis uti prohibeatur, propter interesse & jus privatum interdicta de iisdem competunt *l.2.§.20.& seqq.ff.ne quid in loc.publ.* Hodiè cùm loca sepulturis aut in templis Deo sacratis sint parata, aut alibi extra urbem certis ceremoniis destinentur *c. adhac de relig.dom. c. in Ecclesiastico c.13. quæst.2.* de hoc nulla dubitandi ratio subest. *Deinde* quòd utraq; *d.§.9.* lectio commodum quidem sensum habeat, affirmativa verò magis probari debeat hinc fit manifestissimum. Diximus in locum alienum invito domino mortuum inferre non licere, proinde opus est, ut qui jus in fundo habet, vel ab initio consentiat illationi, vel eandem posmodùm ratam habeat. Ratihabitio namq; confirmat ea, quæ præcesserunt *l.fin. C.ad SCt.Mac.* atq; ita rectius legitur: *licet posteà ratum habuerit:* juxta Florentinam *in l.6.§.pen.ff.de rer.div.* Sin negativè legeris, talis erit sensus: In alienum locum consentiente Domino licet inferre mortuum, ac licèt is posteaquam mortuus illatus est, ratum non habuerit, tamen locus religiosus esse non desinit: verum hanc posteriorem ideò rejicimus, quia sensus prædictus refragatur naturæ ratihabitionis, quæ est ut mandato comparetur

in iis rebus, quæ alterius consensu adhuc indigent *l.13. pr. ff. de his qui. not. infam. & l. fin. C. ad SC. Maced.* sed dominus *in h. §.* dicitur consensisse. Ad quid igitur opus erit ut idipsum insuper ratum habeat, cùm perridiculum sit ejus, qui voluntatem expresse testatus est, ratihabitionem expectare, prout ex eadem causa justissimè sancitum putamus, ut procurator & qui alieno nomine agit, probato mandato de rato cavere necesse non habeat *l. 65. ff. de procur.* quo de infra *Diss. fin. aph 7.* Neq; etiã verba illa: *ratum non habuerit*: explicari poterunt cũ quibusd. per hæc: *Voluntatem suã mutaverit*, ita ut sensus sit: si ab initio consenserit dominus illationi, locus efficitur religiosus, licet id mutata voluntate postea noluerit: quoniam nullibi leges nostras ita loqui deprehendimus: erubescamus igitur sine lege loqui *Nov. 18. cap. 1.*

Aphor. 12. Omnia à natura ejusq; jure esse cõmunia in confesso est apud universos: sed & non eodem modo & gradu eadẽ talia esse ex dicendis erit incunctabile. Nam quædam à natura ita comparata sunt, ut actu occupari & detineri; adeoq; naturæ jure possidendo acquiri valeant, cujus generis sunt feræ bestiæ. Alia verò vel propter suam immensitatem, vel propterea quòd ita latum præbent usum, ut uno quoq; occupante, aliis tamen æquè sufficiens relinquatur, in alicujus dominiũ transferri nequeunt, qualia sunt aër, mare & littus maris, aqua profluens & aqua fluminis. Et hæc rursus non sunt uniusmodi. Quædam enim ex his ita latè diffusa sunt & immẽsa, ut planè nullo termino aut mensura circumscribantur, cujusmodi est mare exterius, quod vocant Oceanũ quem natura toti hujus mundi compagi circũfudit, aqua profluens & aqua fluminis: Quædam verò certis finib. spatiisq; terminantur: Illa propter suã infinitatem, in nullius unquã hominis sive populi dominiũ pervenire unquam possunt, sed solius Dei permanent, & dehinc cùm in suo esse primævo & cõmunicatione simplicissima subsistant, cuivis in Oceano navigare, ejusq; partem ædificando aut pilas jaciendo occupare *l. 1. §. 18. ff. de nov. oper. num.* aqua fluminis, quà non ut pars fluminis, sed ut aqua simpliciter consideratur, v.g. ad hauriendũ, lavandum & aquandũ pecora uti licebit *Gyph. ad l. 30 ff. de A. R. D. n. 21.* Hæc quia certis finibus & litoribus sunt conclusa, veluti notum est ex tabulis Geophraphicis, mare interius terris undiq; infusũ, ac propterea

variis

variis nominibus appellatum ac distinctum esse: ideoq; etiam ad instar fluminũ, quæ propterea, quòd multarũ gentium & populorũ terras & provincias interfluunt, eod. jure proprietatis cum ipso territorio censentur *§.2.I.b.t.* ab illa simplicissima cõmunione paululũ abeunt, & potestati politicæ quadantenus subjiciuntur, videl. quatenus Princeps vel populus cui mare prædictũ contiguum, non quidem usum ejusd. Jure Gent. cõmunem tollere, sed tamen abusum restringere & cohibere ex dominio Jurisdictionis potest. Ná quemadmodũ aër res est à natura quidem omnib. hominib. cõmunis, & nihilominus tamen ratione jurisdictionis & territorii ita alicujus populi efficitur ꝓprius, ut si quis in eodem malè ꝟsatus fuerit, h.e. infecerit, rectè ab eodem puniatur: Ita quoq; usus maris Principis cujusd. territorito confinis ejusq; littoris rectè cõmunis quidem est Jure Gent. sed hactenus in dominio Principis esse videtur ut ædificandi & occupandi certũ modum is ipse statuere, & in mari delinquentes æquè ac si in territorio deliquissent, justè coërcere valeat. Et hoc est, quod Celsus *in l.3. §.1. ff. ne quid in loc. publ.* dicit: maris usus cõmunis est omnibus, ut aëris, sed id concedendum non est, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit: Vide ubertim & eleganter hac de re differentem *Autorẽ de mari libro, & ex eo Dn. Franzk. Ex. 4. q 1.* Magis igitur est ut adsistamus Autori contra Donell. dum Principem in mari (intellige suo territorio alluenti) usum ædificandi & occupandi determinare & restringere posse statuit, scil. ne alioquin uno & altero littus jam occupante tertius & vicissim alii in infinitum ibid. ædificent, ac per hoc usum maris communis impediant, siquidem licet in totum, & proprietatis jure mare à nullo possit acquiri, attamen per partes putà casæ positione, ædificii structura aut diverticuli ductione rectè appropriari dicatur *in l.6. ff. de rer. divis.* Nec enim quicquã stringit ejusd. ratio apposita, quod quæ jure Gentiũ licent, quale est ædificare in litore &c. frustra à Principe impetrentur *l. un. C. de thesaur.* Resp. enim imò cùm talia Jure Gent. non aliter liceant, nisi quatenus usus maris vel littoris deterior non efficitur *d. l.3. §.1.* adeoq; ædificare in littore non simpliciter conveniat naturæ rerum communium. Idcirco meritò quousq; moles jacta aut ædificium in littore extructum usum non impediat Principem providere, & ex dominio

 Ju-

Jurisdictionis designare posse. Perperam igitur leges ab Autore hic allegatas ad loca tantùm in specie publica, & Universitatis refert, & de iisdem solùm Interd. *ne quid in loc. publ.* accipit. Quia utut de directo id facilè possimus concedere, negari tamen neutiquam potest quin interdictum idem utile ad res quaq; communes rectè referatur *d. l.2. arg. §.8.9. & 10. Bachov. ad Treutl. Vol. 2. Disp.20. th.1. lit. E. & F.*

Aphor.15. Quibus modis res communes & publicæ differant, hinc facilè datur conjicere, quòd illas in præcedentib. nullius in dominio proprietatis esse, per usum & occupationem acquiri, earumq; usum hominibus ad quævis patere diximus: cùm vicissim res publicæ sint in dominio & patrimonio Romani, alteriusve populi *l.14 ff. de A.R.D.* earum solus usus, non autem per occupationem acquisitio licita: ac denique nec usus ita latè patens, sed vel ad navigandum aut piscandum restrictior existat. Hinc cùm quædam res diversum usum præbeant, tam qui & hominibus & animalibus sit comunis, quam qui ad solos homines & quidem ita sit restrictus, ut non aliter nisi dum ipsi rei insistitur, concedatur; ac insuper vel solo usu hominibus deserviant, vel insuper occupatione, quoad isthæc actualiter durat, acquirantur, fit ut eædem nonnunquam communes, nonnunquam publicæ dicantur. Ita flumina perennia, quia aqua ex istis hausta ad communem usum tum hominum, tum pecoris, puta ad bibendum, lavandum, aquandum nunquam deficit, sed citra ullum vel certè levissimum dominiũ habentis nocumentũ, omnibus quotquot bibere, lavare cupiunt, aquam abundè suppeditant, hoc intuitu rebus accensentur communibus *§.1. I. h. t.* quò etiam respicit *Ovid. lib. 6. Metam.* cùm indignabundus quærit:

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est
Nec Solem proprium natura nec aëra fecit.

At verò quatenus omnibus navigare quidem & piscari in iisdem, non autem ædificare (cùm per ædificia navigationis usus de facili impediretur *Vasq. lib.2. Controv. cap.49. n.19.*) aut aquam ducere *l.2. ff. de fluminib.* æquè ac in mari, quod in primæva naturali communione substitit, permissum est; hactenus inter res publicas propriè eadem connumerantur *§. 2. Inst. h. t.* Idem quoq; in littoribus obtinet, siquidem quà partem eorum occu-

pan-

pando acquirimus, rebus communibus §.1. *h.t.* quatenus autem navigantium usui deserviunt veluti ad siccanda retia, & funes religandos, publicis quoq; accensentur §.5. *Inst. eod.* & *l.14. ff. de A. R. D.* Cùm igitur ut apparet, flumina in se spectata sint publica, per eadem quoq; ripas eodem jure censeri oportet §.4. *I. h.t.* sicubi sine iisdem perexiguus fluminis usus futurus esset. Quod enim in mari littus est, id in cæteris fluminib. dicitur ripa, *Mynsing. ad* §.3. *I. h.t. n.14.* Cæterùm hæc comparatio non procedit nisi quoad usum, scil. quòd riparum usus æquè communis omnibus sit atq; usus littorum. In aliis enim latissima inter hæc duo subest differentia, cùm ripa non sit pars fluminis, ut littus est pars maris *l.1.* §.1. & §.11. *ff. de flum. l.51. ff. de contrab. emt. l.24. p. ff. de damn. infect.* nec ut littorum, ita riparum quoq; proprietas nullius, sed illorum sit, qui prædia ad illam sita habent *l.5. ff. de rer. divis. d.* §.4. *Inst. h.t.* non obstante axiomate vulgato: *accessoriū* (quale est ripa) *sequitur naturā principalis*: quoniā labores & incommoda, quæ in fluminib. muniendis, aut si hæc imbribus vel mari nimium repleta excurserint, & alveum dilataverint, circacolentes sustinere coguntur, hoc proprietatis commodo & lucro compensari naturali æquitati maximè consentaneum est. Sed & si ripæ uti dictum in privatorum sint dominio, tamen dominus in his non pro arbitrio ædificare & facere potest, quod ipsi libuerit, quia usus qui publicus est, privati alicujus facto interverti aut deterior reddi non debet *l.1.* §.14. *ff. de flumin.*

Aphor.19. Opinio hæc, quâ dominium naturæ quoq; jure dicitur acquiri, etsi nova sit, & apud priscos JCtos inaudita, nec etiamnū hodiè multis Neotericorū approbata, dum unanimi ferè consensu dominorū distinctio Gentiū juri secundario in acceptis refertur: attamen quia non ignoramus plerisq; ita sequax sive natura, sive potiùs adulationis studio, esse ingeniū, ut præeunte Bartolo, Baldo, Jasone & communi errore gregatim imprudenter sequantur, non aliter, quam coturnices ortygometra duce, aut cynchramâ vel lingulacâ, evolant agminatim & advolant, parùm expendentes, cui sententiæ magis veritatis lux adfulgeat, sed eam nitentes cui plures adhæreant: & insuper videmus, quod aviculis istis solet evenire, ut dum ita confertim fluvios ac maria tentant, volatu tandem defatigatæ demergantur, idem quoq;

communioribus Dd. sententiis sive potius erroribus ex eo tempore quæ communis opinio error cõmunis, quæ magis cõmunes magis quoq; de veritate suspectæ haberi cœperunt, & Dd. non infimi subsellii de quovis Juris effato dubitare jusserunt, maximâ earum parte, uti sine labore posset doceri, ab ingeniosioribus JCtis accuratius ad bilancem rationis examinatâ, & propter inhærentem falsitatem ita penitus rejectâ, ut nemo nisi qui adinstar vespertilionis tenebras magis quàm lucem amaverit, easd. posthac amplexurus sit: Idcirco cùm more nostro ut ubiq; sic hac quoq, in parte veritati potius quàm authoritati cesserimus, non erit ut spero quisquam, qui veritatis nostrũ studiũ ægrè ferens vitio id nobis versurus sit, nisi forte levis aliquis obtrectator aut imprudens erronearum opinionũ sectator & ipse videri cupiat. Ita verò dominii acquisitionem naturalẽ *Autor tr. de mari libero pro Batavis*, *Dn. Riem. de Contr. tract. 1. cap. 3. §. 17. n. 7. usq; ad fin. Dn. Frantzk. Ex. 1. q. 6. Conan. lib. 3. Com. Jur. Civ. c. 3. n. 1* argumentis invictissimis edocent. 1. Negari haut potest ab initio mundi conditi omnia creata nullius fuisse in dominio, sed ita cõmunia & comparata, ut alicujus dominio subjici & propria effici potuerint, quo modo in jure nostro lapilli, gemmæ, & res cæteræ, quas in littore invenimus, dicuntur communes *l. 2. §. fin. ff. de rer. div.* Cùm igitur deficientibus adhuc possessoribus rerum omniũ copia relicta esset vacua, adeoq; res existerent, ut ita dicã cum Dn. Riemero, occupabiles: utiq; primi nostri parentes, qui generale mandatum de occupanda terra divinitus acceperunt, *Genes. 1. v. 28.* per possessionem res quascunq; usui necessarias sibi fecere proprias, non Jure Gent. aut Civili, quippe quæ mera accidentia suis subjectis puta gente & civitate, nondum existentibus, & ipsa deficiebant: sed naturali, quòd cum homine ortum & natũ est, eumq; citra respectum & relationem gentis considerat uti *supra Diss. 1.* diximus. 2. Nisi ante gentes cognita fuisse dominia dixerimus, Adamũ certè ejusq; filios Cainũ & Abelem nihil ꝓpriũ habuisse turpissimè contra sacras literas apertissimas fatendum est. Ista namq; hypothesi stante quid est, quod *Genes. 4. v. 4.* de Abele dicitur: eum de primogenitis gregis sui Deo munus obtulisse? vel unde Cain animadvertit Deum sibi iratum, Abeli autem esse propitium, si non ex eo, quod suum munus non æquè ut fratris

Deus

Deus propitiis oculis respexisset? Utrumq; sanè arguit, quemq; munus de suo obtulisse, & ex eo quàm gratus Deo esset judicasse. Hinc infallibiliter colligo 3. Quo Jure cœperunt illa duo pronomina MEUM & TUUM esse in usu, eodem quoq; dominium sunt introducta *l.91.ff.de V.S. Rittersh. ad* §.*11.Inst.h.t.* sed in domo jam Adami, quæ non gens, sed ejusd. principium sano dicitur sensu, hæc ipsa usitata fuisse textus jam citatus evidentissimè arguit. E. 4. Si demum Jure Gentiū secundario nata est dominorum distinctio quomodo quæso furtum, quod non fit nisi dominio invito §.*8.Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* nec est rei communis sive nullius *arg.l.1.*§.*15.ff.si is qui test. lib. esse.* lege naturali §.*1.ff.d.t.* natura *l.42.ff.de V.S.* & lege morali sive Decalogo *Exod. 20.* qui jus naturæ repræsentat juxta dicta *in Diss.1. aphor.31.* prohibitum non nisi absurdissimè possi dici? 5. Denique hoc ipsum non parum Justinianus ipse confirmat, quando tractaturus de modis acquirendi, à naturalibus & iis qui cum genere humano proditi sunt exorsurum se fore promittit §.*11.I.h.t.* hujusq; promissi memor ab occupatione statim *seq.*§.*12.* initium facit, significans, occupationem ex eo jure, quod cum hominibus natum est, sive naturali, non ex eo demum quod cum gentibus oriri cœpit, descendere & promanare. Neq; moveat quenquam, quod occupatio non raro modus acquirendi de Jure Gent. appellatur *d.*§.*11. & l 1 ff. de A.R.D.* & in specie, dominiorum distinctio Juri Gent. adscribatur *l.5.ff. de Just. & Jur.* Resp. enim: In prædictis & similibus textibus ubi Juri Civili Jus Gentium opponitur, hoc posterius non proprie & specificè ita dictum & quatenus distinctam à Jure naturæ aut Civili speciem constituit, accipi, sed pro Jure communi, & quà jus quoque naturæ complectitur, & promiscuè in oppositione Juris Civilis modò Jus naturæ, modò Gentium Jus dicitur *l.1.pr.ff. de pact. l.1 pr.ff. de min. l.84.*§.*1.ff. de R.J.* §.*41.Inst.h.t.l.31.ff.depos* quoniam Jus Civile tanquam proprium non directò uni tantùm Juri Gentiū aut tantùm Juri naturæ, sed per hæc tanquam conspecies Juri communi opponitur §.*2.J.de J.N.G. & C.& l.9.ff.de J.& J.*

Aphor.24. Nemo ignorat mortalium tam iis qui in foro causas perorant, quàm qui in scholis inermes lites & controversias dirimunt, si rerum vilium & exilium sermo incidit,

aut

aut leve quippiam peccatum dicitur, in ore natare frequentius, quam illud ex crebro usu lippis & tonsoribus notum axioma: *De minimis non curat Prætor.* Idipsum causa mihi extitit & incitavit, ut cura curatiori loca, quibus in jure nostro *minimi, modici aut exigui* sermo & mentio injicitur, observassem & conquisissem hâc fini, ut fortè aliquando cùm otii plus suppetierit, certi quippiam *de re minima* peculiari libello docere possim. Inter loca verò aliquot multa, quæ universalitatem & generalitatem prædicti tritissimi axiomatis infringunt & restringunt, non minimum semper habui casum qui §.*16. Inst. h.t.* & ab Autore hîc de gallina traditur. Etenim cùm cæteris paribus gallinæ, quæ res exigua dicitur *Nov. 69. cap. 1. vers. quidenim*, furtum ibid. fieri dicatur omninò hinc benè infertur, etiam rei minimæ ita in jure nostro haberi rationem, ut hujus dispositiones pariter ad eas, ac ad res maximas pertineant. Verum autem gallinæ furtum committi & civiliter ob eam subtractam agi posse sic evinco & demonstro. 1. Furtum æstimatur ex animo surripientis non attentâ rei subtractæ qualitate *l. 37. ff. de usucap. c fin. caus. 14. q. ult. l. 39. pr. ff. de furt.* Sed qui lucrandi animo gallinam contrectat, animo id facit furandi §. *1. I. de obl. quæ ex del. nas. 2.* Quin imò integrâ furti definitionem *in l. 1. §. ult. ff. de furt. & d. §. 1.* propositam facto ejusmodi aptè quadrare est apertissimum. Ergo utiq; etiam definitum. 3. Hoc ipsum tantùm non verbis expressis habetur *in l. 5. §. 6. ff. de A. R. D.* cùm Gajus inquit: eum furti nobis teneri, qui quid eorum animalium (inter quæ gallina quoq; numeratur) lucrandi animo apprehenderit. Istis namq; verbis non intentio modò nostra abundè & satis liquidò probatur, verùm etiã simul convellitur Zasii *ad d. § 16. Inst. h. t.* responsio, quando existimat, verbũ *intelligitur* ibid. positum improprietatem quandã sapere: siquidem contrarium ejus *ex d. l. 6.* perspicuè satis eluceat, nec verum sit impropriè ubiq; vocem istã, *intelligitur* accipi *arg.* §. *1. 5. 12. 14. 15. 30. Inst. h. t.* 4. Si raptor tenetur actione vi bonorũ raptorum & actione furti etiam si rem minimam rapuit, sequitur furtum quoq; fieri rei minimæ. Priùs probatur per *pr. Inst. vi bon rapt. l. 1. l. 2. §. 24. ff. eod. tit.* E. & posterius. *Non obest*, quod Jus sit ars æqui & boni *l. 1. pr. ff. de Just. & Jur.* Æquum autem non videatur ob rem minimam dari actionem famosam, qua-

lis

lis hæc est furti *l.1. §.5. ff. de his qui not. infam. l. 8. C. ex quib. cauf. infam. irrog. l.7. ff. de pub. Judic.* Resp. Imò esse æquissimum ob furtum, quale & hoc revera esse jam dicta arguunt, actionem furti competere *l.17. pr. & l.36. §.1. ff. de furt.* sicubi & pro injuria modica actionem injuriarum, quæ & ipsa infamat dari Dd. communiter *in c. cùm te. ext. de sent. & re jud.* statuunt. Appositè enim hic dicimus *arg. l.1. §.10. ff. de conjung. cum emancip. lib.* quamvis rei modicæ sit furtum, tamen furtum est, *nec mov.* quòd furtum sine dolo malo non committatur §.7. *I. de oblig. ex del. & §.3. I. de usuc.* Actio autem de dolo pro modica intendi nequeat *l. 10. & & l. seq. ff. de dol. mal.* Resp. enim cõmitti fallaciam parium non parium. Nam utcunq; extraordinaria & subsidiaria actione, qualis est de dolo *l.7. pr. ff. de dol. mal.* ob rem minimam experiri non liceat *l. 4. ff. de restit. in integr.* ordinaria tamen ubique pro minimo omninò conceditur *l.22. circa fin. ff. de damn. infect. l. 9. C. de distract. pignor. & similib. Mynsing. ad d. §.16. n.2.*

Aphor.25. Cùm uti supra *aphor.12.* diximus, feræ bestiæ sint præcipuum occupationis objectum, patet hinc, easd. vel maximè nullius in bonis esse. Ita certè est. Feræ enim & volucres quocunq; in loco sunt, dum naturali libertate & laxitate fruuntur, patent omnibus, & occupantibus conceduntur *h. §. 12.* Nam quemadmodum aves, quæ in arbore mea consederint, meæ protinus non sunt §.*14. I. h.t.* Ita quoq; fera animalia, etiamsi fundum meũ ingrediantur, meæ non efficiuntur *l.15. & seq. ff. de act. empt.* sed cujusvis occupantis fiunt, quamvis hoc inter meum & alienum fundum quoad capturam ferarum intersit, ut in meo, quin capiam à nullo impediri possim, at verò in alieno. Potest enim quisq; aditu sui fundi alterum prohibere & excludere, sicut & ædium *l.23. ff. de injur.* §.*14. I. h. t.* hactenus quidem, ut arceat illum non à venatione seu aucupio, sed ab ingressu fundi sui in tantum ut si venator aucepsve contra prohibitionem tamen intraverit & feras ceperit, suas quidem easdem tanquam res nullius faciat, attamen domino fundi ratione injuriarum teneatur *l.13. §. ult. ff. de injur.* jus namq; prohibendi provenit ex fundi dominio: at cum feræ non æquè ut fundus possideantur *l.3. §.14. ff. de acquir. poss.* nec sint pars fundi aut terræ *d.l.15. de act. emt.* sed jure naturæ communes & nullius; isthæc quoq; prohibi-

tio ad easdem non porrigitur. Faciunt huc illa notanter posita verba *d. l. 13. § ult. nec aucupari quis potest prohiberi, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest*; quippe quorũ sensus talis est: nec pisceri nec aucupari in alieno interdictũ aliter putandũ est, nisi solùm quatenus quis alienum fundum ingredi potest arceri, ita scil. ut qui posthabita interdictione tamen velit aucupari aut venari, suo id facere periculo debeat, data prohibenti domino injuriarum actione *d. l. 13. & l. 16. ff. de S. R. P. & ibid. Gl.* aut si damnum insuper venator dederit; legis Aquiliæ actione *l. 29. ff. ad L. Aquil.* Addit præterea huic nostræ sententiæ probandæ *Harpr. ad h. §. 12. n. 20.* tale argumentum: Pœna privationis non habet locum, nisi in casibus jure expressis *Nov. 2. c. 3. vers. sicut autem l. 14. §. 14. ff. de relig. & sumpt. fun.* Sed nulla lege cautum reperitur, quòd venator invito domino fundum ejus intrans captâ ferâ privari debeat. E. Imò quærerem ego quo iure aut titulo à venatore prædam captam exigere sibiq; restitui petere fundi dominus velit, cùm jure dominii id facere nequeat; eo enim quod nunquam in dominio & potestate quis habuit, uti de feris abundè constat, se privari sibiq; restitui ineptè quis conqueritur *l. 83. l. 208. ff. de R. J.* Quivis igitur hinc benè animadvertit, quàm prorsus nihil nostræ assertioni obloquatur *§. 12. h. t.* in illis verbis: *qui alienum fundum ingreditur venandi gratiâ; potest à domino si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur*: quandoquidem uti diximus, prohibitio isthæc extra fundum ad res communes non extenditur; nec inter modos acquirendi usquam prohibitio relata apparet, quibus tamen necessariò adscribitur, si propter eam intercedentem feræ protinùs non ampliùs ut res aliæ nullius, à quovis occupari possunt; quin imò cùm occupatio sit modus acquirendi naturalis, quî per prohibitionem alicujus privati tolli queat? Nec melius quoq; in contrariũ *à Cujac. 4. obs. 1.* affertur *l. 55. ff. de A. R. D.* quasi aper ibid. solùm capientis fieri dicatur, si permissu domini retia extensa sint, non item si eo invito laqueus positus fuerit: Cùm in dicto loco principaliter non agatur cujus aper irretitus factus sit, sed quæ actio propter aprum exemtũ competat. Hactenus enim inter locũ publicũ & privatũ, & hunc an p̃mittente domino aut eo invito laqueus ibid. positus sit, plurimum interest. Nam si in loco publico aut proprio vel etiam

 alie-

alieno cum consensu domini laqueus positus, & aper ita implicatus fuerit, ut se ipsum luctando expedire nequeat, omninò q; capientis jam esse videtur aper *l. 5. §. 1. eod. tit.* in eximentem actio in factum, in retinentem furti actio datur. Cæterùm si vel in loco publico laqueo ibid. posito aper, ita sit irretitus, ut facilè possit extricatus elabi tum nec in auferentem furti actio, nec in solventem actio in factũ competit: Ita quoq; si in privato contra ejusd. domini voluntatem laqueus positus & aper etiã arctissimè constrictus sit, eumq; exemtum dominus abstulerit, tamen quia propterea quòd venator fundum ingredi prohiberi potest, multa intervenire possunt, quibus occupatio impediatur, actio in factum in eund. non conceditur. Unde liquet hoc postremo casu retia tendenti actionẽ denegari non quia aper ejusdẽ fieri non possit, sed quoniã ob casuũ incidentiũ varietatẽ ejusd. nondũ sit. Reliqua argumenta, q̃ ab injustitia actus ingressionis desumunt levissima, quia distinguendo actũ ingrediendi & venandi facilimè diluuntur huc adscribere non dignamur. Videat qui velit unicum *Harpr. ad §. 12. & 13. n. 45.* mirabitur haut dubiè viri illius magni in conquirendis & annotandis Autoribus recentiorib. eorumq; ratiunculis miram industriam.

Aphor. 26. Quod de feris sylvestrib. præmisimus, idem quoq; in piscib. obtinet scil. quod etiã hi capienti & occupanti cedant. in fluminib. quidẽ publicis quòd cuivis piscari liceat, & captum quisq; sibi appropriet, ex anteriorib. expeditũ est & indubitatũ: At cùm etiã dentur flumina privata *l. 1. §. 4. ff. de flum.* de iisd. an idẽ statui debeat, discrepantes adhuc sunt Dd. sententiæ. Sed affirmativa tamen magis probatur ex hac ratione unica; Quæ à nullo possidentur, nec possessa sunt, sive animalia fera in libertate naturali relicta occupanti conceduntur *§. 12. I. h. t.* At verò & pisces in fluminib. privatis & stagnis æquè ac feras in sylvis circumseptis in libertate naturali relinqui & à nullo possideri ait diserte JCtus *in l. 3. §. 14. ff. de acq. poss.* E. Neq; n. infringitur hæc nostra conclusio ex eo, quòd *Hunnius lib. 2. V. R. tr. 1. q. 13.* dicit: à possessione ad dominium vitiosè colligi, quia utut non ubivis & omni casu à possessione ad dominium rectè colligi & nos *supra ad aphor. 3. circ. fin.* facilè largiamur in iis tamen rebus, quæ nullius adhuc sunt, quarumque dominium uti hîc

ex possessione judicatur, omninò verum manet quod dicitur *in l. 1. §. 1. ff. de acquir. poss.* dominium rerum ex naturali possessione cœpit *Cujac. 4. obs. 2.* Porrò infirma quoq; est hæc *Donelli lib. 4. Com 8.* argumentatio: Pisces in stagno possunt capi, quando lubet *l. 55. ff. de A.R.D.* Ergo sunt nostri. Nam pisces in stagnis non ita constrictos esse & irretitos uti *in d. l. 55.* aper supponitur eo casu, quo in eximentem actio in factū tribuitur, ipsa nos docet experientia optima rerum omnium magistra *Giphan. ad l. 3. de adquir. poss. n. 91.* & ille *d. l. 3. §. 14. versiculus: alioquin, etiam si quis sylvum emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est*, ubi JCtus, feras etiam in sylvis circumseptis in libertate naturali relinqui demonstrat ab absurdo, hunc in modum colligendo: si feræ bestiæ in sylvis circumseptis non essent in libertate naturali, sed à domino sylvæ possiderentur, utiq; qui sylvam emerit omnes quoq; feras possidere videretur. Ratio, quia qualis est res penes venditorem talis per venditionem in emtorem transfertur *l. 67. ff. de contrah. emt.* sed posterius (scil. feras possideri) est absurdum & falsum: E. & priùs. Hanc consequentiam quia negare non audebat nec poterat *Hottom.* interpolando particulam negativam *non*, & ita textum constituendo: *in sylvis non circumseptis*; Cujacii sententiam defendere nititur *l. 8. Observ. 7.* obtendens, absente negatione comparationem piscium in stagnis, & ferarum in sylvis circumseptis non bene convenire. Verùm ut à ratione ejusdem postrema incipiamus, melius utique cum *Dn. Hillig. ad Don. d. loco lit. C.* censemus comparationem stare si affirmativè legerimus. Uti enim pisces in stagno cohibentur, quem exire nequeunt, ita & feræ in sylvis circumseptis. Sed & præterea stante negativa lectione nulla dubitāndi ratio subesset, quo minus feræ in campis & sylvis apertis victitantes nullius in bonis in libertate naturali esse dicantur. Neq; hanc nostrā evertit sententiā, quod in flumine privato & stagno quis possit à piscatione arceri *d. l. 13. § ult. ff. injur.* non a. in flumine publico *l. 1. §. 9. ff. ne quid in loc. pub. d. l. 13.* unde videtur sequi: q. quemadmodū pisces in flumine publico nullius in bonis sunt: ita ex opposito in privatis stagnis privatorum dominio subjaceant. Resp. enim *ex aphor. præced.* à jure prohibendi ad ipsam piscium capturam malè inferri. Etenim quamvis stagnū sive lacus non secus atq; fundus

dus fuit in alicujus dominio, non tamen protinus pisces quoq; ejusd fuerint, planè sicuti nec propter fundum feræ bestiæ statim possidetur. Prohibitio igitur domini lacus non potest ipsi parere dominium, sed actionem solùm injuriarum. *Bachov. ad Treutl. Vol. 2. Disp. 20. th. 2. lit. E.* Illud deniq; evidenter falsum est, quod *Harpr. ad d.* §. *2. n. 69.* de piscibus ita captis tradit, eos non irrevocabiliter piscatoris fieri, sed domino lacus restitui debere, perinde ut à bonæ fidei possessore fructus extantes domino fundi supervenienti: Quia occupatio ut antiquissimus ita quoq; perfectissimus est acquirendi dominii modus: & quod juris est in avibus & feris, idem quoq; in piscibus stagno inclusis obtinet, *arg. l. 9. §. 5. ff. de usufr.* At verò bonæ fidei possessio non aliter per ll. nostras rerum confert dominium, nisi quatenus perceptæ sunt eædem: nec verum quoq; facit dominum, sed ad instar & loco domini *juxt. aph. 56.* nec obest quòd pisces ex aqua ut fructus ex terra nasci intelligantur *arg. l. 15. cum l. seq. ff. de act. empt.* Resp. in rebus istiusmodi nullius non uti in cæteris attendi solum, in quo nascantur aut degant, ad hoc ut alicujus efficiantur propriè, sed solam occupationem, ita ut fatente ipso Harprechto *d. loc. n. 64.* dominus in sua sylva circumsepta aprum vel cervum, aut in suo stagno piscem capiens, non propriũ agrũ aut cervum, vel piscem capiat, sed jure gentium aper, cervus & piscis, cùm anteà nullius esset, in dominiũ capientis transeat *l. 62. ff. de usufr.*

Aphor. 28. Quæ hoc tit. de Insula sive in mari, sive etiam in flumine eoq; vel publico, vel etiam privato nata traduntur istis facem accendunt & præferunt ea, quæ *sup. ad aph. 12.* notavimus. Prout enim mare non est uniusmodi, sed quoddam in sua simplicissima communione substitit; aliud verò propter contiguitatem, certorum populorum & Principum ditioni & Jurisdictioni quodammodo subjacet licet usu omnibus gentibus sit commune: ita similiter quoque Insula, quæ utrobiq; nascitur vel planè nullius est, adeoq; occupanti plenè acquiritur *l. 7. §. 3. ff. de A. R. D.* vel est quidem nullius & fit occupantis ratione proprietatis spectante nihilominus jurisdictione ad eum, cujus est finitima provincia *arg. l. 9. ff. de judic. & arg. l. 30. ff. ad munic.* Et hactenus Insulæ acquisitio rectè ad primum acquirendi dominii modum, qui dicitur occupatio hic ab Authore refertur. Verùm enimverò

Si (quod frequenter accidit) in flumine emerserit aliqua Insula rursus dispiciendum est, an flumen illud sit publicum, an verò privatum. Nam quæ nata est in flumine privato ejus est & usu & proprietate cujus jam ante flumen est *Vultej. ad §. 22. h. t.* Ast quæ in publico nascitur, vicinis prædiis adjicitur, extremitatibus ejusdem usui publico destinatis uti fusiùs juxt. *aphor. 40.* dicturi sumus.

Aphor. 29. Res levandæ navis & evitandi naufragii gratiâ ejectas in dubio non haberi pro derelictis & consequenter non bene rebus nullius accenseri præter §. 48. testatur insuper *l. 2. in fin. l. 8. ff. de L. Rhod. de jact. l. 19. l. 58. de A. R. D. l. 7. ff pro derelict.* Sola igitur *l. 43. §. fin. ff. de furt.* facit aliquid negotii, dum ibidem asseritur res ita abjectas plerumq; derelinquendi animo jactari. Sed ad eam respondemus 1. Si quidem actionem istam quam *Aristoteles lib. 3. Ethic. cap. 1.* vocat mixtam ex voluntario & invito, ex principiis Ethicis æstimaverimus, verum esse, animum & voluntatem derelinquendæ rei adesse; quandoquidem licet actus talis principium primum habeat externum, urgentem scilic. tempestatem, quæ actionem redderet invitam: attamen quia proximum principium internum est voluntarium, dum quisque fugiturus malum majus, id quod minus est, ceu bonum aliquid expetit, sicut etiam talis ejiciens mavult res suas quam seipsum perire: idcirco ea consideratione res istiusmodi videri pro derelicto habitas. Sed verò quia accedit principium cogens externum, hactenus pro derelicta haberi nequeunt, ut inventori acquirerentur. 2. Ideò verba isthæc signo parentheseos inclusa à JCto adjecta credimus, ut tollens res ita abjectas in dubio à furti crimine tantisper possit excusari, quoad apertè constiterit, eum lucrandi animo easdem celare *Bachov. ad Treutl. Volum. 2. Disp. 20. th. 2. lit. G.* vel 3. cum *Connan. lib. 3. Com. Jur. Civ. t. 3 num. 3.* vocabulum *plerumq;* ibidem positum haut inconcinnè pro *interdum* explicare possumus autoritate Ciceronis, qui eodem significatu vocem istam accipit *lib. 3. de Invent.* ut sensus sit: *plerumq;*, hoc est, interdum credendum esse derelinquendi animo jactasse cùm sciat periturum, putà si

in

in medio mari bene procul à terra jactus fiat: tum namq; vix credi potest non habitum illud esse pro derelicto & perdito, cujus recuperandi spes nulla refulget.

Aphor. 30. Etsi non ignoro verbum *committere* plurifarias in jure nostro admittere significationes notante easdem ex parte aliqua *Bachovio ad §. 4. Inst. de V. O.* attamen ut verum fatear, quo sensu id ipsum hic noster usurpet, licet curiosè anquisierim, pervestigare non potui. Si tamen uti spero ex mente Praeceptoris sententiam discipuli venari & explicare convenit, videtur cum suo Praeceptore *Dn. Bachovio* citatos duos textus collidere, & utrumque pugnantem relictum Triboniani imputare imprudentiae. Quod si haec uti persuasum nobis habemus, ejus est sententia, quam praeter *Bachov. ad Treutl. Volum. 2. Disp. 20. th. 2. lit. G. & ad §. 39. Inst. de rer. divis.* fovet quoque *Cujac. 9. Obs. 37. Baro §. ult. Inst. h. t. Anton. August. 1. emend. 3. Duar. ad tit. de A. R. D. cap. 4.* ignoscat rogamus, si, qui nullam implacabilem antinomiam in toto nostro Jure admittimus, ab eadem hac in parte divortium fecerimus, & secuti *Connanum 3. Com. 4. num. 2. Robert. 1. recept. lect. 5.* & qui utrumque bona fide allegat *Hilligerum ad Donell. 4. Com. cap. 14 lit. F.* cum Justiniano Callistratum conciliaverimus distinguendo inter sepulcra familiaria sive hereditaria ut & sacra privata, & inter loca religiosa aut sacra publica, ita ut partem duntaxat invenienti thesaurum adjudicemus, si locus religiosus aut sacer publicus fuerit, eò referentes *d. l. 3. §. 10. ff. de Jur. fisc.* integrum verò adscribamus inventori in loco religioso aut sacro familiari & hereditario, qui uti *supr. aphor. 10.* diximus quodam jure privatorum est, & de eo casu *d. §. 40.* accipiamus, duabus potissimùm de causis 1. Quia ipse Imper. à locis alienis & publicis *d. §.* religiosos & & sacros distinguit, & antequam ad alienos & publicos faceret transitum, prius istam regulam: *in suo repertum thesaurum dominus integrum suum facit:* ab omni ambiguitate liberaturus idem quoque esse etsi locus ille sacer aut religiosus fuerit, insuper adjicit. 2. Quia

ea

ea ipsa æquitas naturalis quam secutus Hadrianus *in pr.* dicitur, in sepulcris & locis familiaribus obtinet, quandoquidem maximè sit credibile, inventoris majores, qui locum istum, cùm prius in ipsorum dominio esset, religiosum effecerunt aut sacrum effici curarunt, illic pecunias recondidisse. Et hanc nostram conciliationem non oppugnant rationes *Bachovii* non 1. quòd *in d.l.3. §.10.* loca publica æquè distinguantur à religiosis ac nos putamus factum *in d §.40.* Resp. enim ibid. quidem isthæc distingui ratione suæ essentiæ & in se considerata, quatenus scil. publica in alicujus populi sunt dominio, non item religiosa; illa humani, hæc autem divini juris habentur: verùm in nostro *§. 40.* distingui ratione juris, & quatenus, cùm vel certis duntaxat uti loquitur *l. 5. & seq. ff. de relig. & sumpt. funer.* jure hereditario ibidem sepelire aut sacra facere licet, aut omnibus ut res humanæ vel in privatorũ vel alicujus populi dominii esse dicuntur, eoq; respectu acquisitio thesauri in iis inventi variatur. Non quoq; obsistit, quòd idem statuatur in religiosis & sacris locis, cum tamen sacra nullo prorsus modo privata dici possint. Resp. enim *Bachovium* hæc talia monentem parum vel planè non sibi constare, & non attento, quod eâdem ipsâ *Disp. 20. th. 1. lit. B.* non ultra decimum retrò numerato folio expressè contra *Treutl.* statuit, dari omninò sacra quædam paterna & privata, de quibus vide sis *aphor. sup. 7.* satis jam inconsideratè & contradictoriè statuere, imò sacra nullo prorsus modo privata dici posse scil. ut hoc ipso memoriæ lapsu gravissimo vir cæteroqui acutissimus testaretur, neminem esse mortalium qui omniũ habere memoriam valeret. Quapropter cum teste *Ravard. 2. Conject. cap. 11.* loca quoq; privata fuerint olim autoritate licet publicâ, sacra constituta, absonum non esse putârim idem in iis juris quod in religiosis obtinuerat, constitutum dicere. Cæterùm non idem per omnia jus in locis ita religiosis & sacris quoad thesauri inventionem custodiri sciendum est. Etenim quia in suo quidem pro lubitu cuilibet versari concessum est *l. 21. C. mandat.* non autem effodere ossa aut violare sepulcra *l. 8. ff. de rel. & sumpt. fun.* ideoq; hoc inter loca alia privata & religiosa talia interest, quod ibi sive fortuitò sive datâ ad hoc operâ inventus à domino thesaurus eidem totus cedat: in his autem repertus tum demum & solùm si fortunæ quasi bene-

beneficio eidem offeratur nullo adhibito perscrutandi studio, *Connan. d. loc.*

Aphor. 34. Notissimum erit reor contra juris subtilitatem *arg. l. 126. §. 2. ff. de V. O.* receptum esse, ut personæ etiam liberæ nobis non modò acquirant *l. 8. C. de acquir. poss. l. 1. §. 20. ff. eod* sed etiã q. vicariâ operâ res nostras alienare valeant, nimir. quia nihil interesse creditur dominus ipse an voluntate ejus alius rem alicui tradat *l. 9. §. 4. ff. de A. R. D.* & q̃ quis per aliũ facit, id per se fecisse putatur *l. 5. §. 3. ff. de administr. & peric. tut.* modò tamen tradens ad hoc habuerit vel speciale aliquod mandatum *l. 11. §. ult. ff. de pignor. act. l. 33. de acquir poss. l. 41. ff. de reb. cred.* quo casu res omnes tàm mobiles quàm immobiles permutare & aliò transferre *l. 63. ff. de procur.* quin & pacisci cum adversario poterit *l. 10. in fin. cum duab. ll. seqq. ff. de pact.* vel totorum bonorũ procuratio & administratio eidem fuerit concredita *l. 58. & l. 60. ff. d. t. de procur. l. 10. C. eod.* nam & talis vendere potest & permutare, fructus scil. & res alias corruptioni obnoxias *d. l. 63.* à quo malè separant cum vulgò Dd. *Hottom. ad § qua ratione 43. Inst. h. t. Pac. 2. inarl. q. 47. Gothofr. ad d. l. 9. §. 4. l. P.* eum procuratorem cui rerum administratio libera commissa est, quasi huic rerum omnium alienatio liberrima sit permissa, cùm tamen nusquã vel minimũ ejusd. distinctionis appareat vestigiũ, nec unquã administratione etiã liberrimâ concessâ facultas alienandi permissa credatur *arg. l. 16. C. de admin. tut. & l. ult. C. de Curat. furior. & l. 60. §. 4. ff. mandat.* sicubi gerere non alienare procurator dicatur *l. 1. §. 1. ff. de off. procur. Cæsar.* Certè *ad d. l. 58. & d. l. 63.* frustra provocant, cùm utrobiq; planè idem tractetur, & quod anteriori *l. 58.* obscurius quodammodò & concisius tradebatur, in sequenti *d. l. 63.* latiùs & dilucidiùs expliceturic. quòd cui generaliter libera administratio rerum commissa sit, permutare & alienare possit non indifferenter omnia, sed fructus tantùm & res alias quæ facilè corrumpi possunt, exemplo tutoris & curatoris *t. t. ff. de admin. & per tut.* quibus talis procurator comparatur *l. 1. §. 20. ff. de acquir poss.*

Aphor. 35. De promutuo quæstiones hic proponuntur duæ intricatissimæ, 1. *an in eod. ex titulo putativo sive errore transferatur dominium?* & 2. *an ex errore juris an verò facti id fiat?* quas me hercle quidam Neotericorũ φιλοκαινίας prurítu speciosis aliquot

& argutis ratiunculis ita reddidere dubias & ancipites, ut nisi novatores isti Antagonistā jam tum habuissent non dicā parem, sed longè superiorē, qui falsitate suarū argumentationū detectâ veriorem utrobiq; sententiā statuminasset, multū in iisdem confutandis negotii exantlandum foret. Sed ut dixi bene habet. Non enim tot potuerunt illi qualescunq; excogitare veriori sententiæ subruendæ ratiuncularum cuniculos, quin plurib. & validiorib. responsionum machinis sint penitus attriti & disjecti à Generoso & Nobilissimo *Dn. Joh. Alberto à Wöllwart Equite Franco splendidissimo in tract. de Condict. indeb. th. 4. & seq.* cujus viri in florida adhuc vernantiq; ætate, altas & supra humanæ perfectionis fastigium excelsas animi ingeniiq; dotes, uti semper venerabundus maximi æstimavi, familiarissimèq; usurpavi, ita cùm non omnium manibus teratur prædictus tractatus limatissimus, tum in ipsius honorem, tum ut hæ meæ qualescunq; lucubrationes aliquid splendoris ab ipsius ingenii claritate hauriant, præmissis quæstionum confirmationibus, quid ad singulas adversariorum illationes, istius subsidio regeri possit videbimus. Prima igitur quæstio est, *an ex titulo putativo transferatur dominium?* ad quam post Autorem nostrum *Dn. Riem. Dec. 9. q. 2. Clud. de condict. indeb. c. 2. n. 69. Gipban. ad l. 35. n. 5. ff. de A. R. D. Beffel. Differt. ad Pand. Supplet. 2. th. 4.* affirmatè cum Nobiliss. à Wöllwart respondemus seqq. ob rationes solidissimas. 1. Quia datur ꝓ indebitè soluto condictio *t. t. ff & C. de Cond. indeb.* quæ ex formula sua usitata: *si apparet eum dare oportere §. 35 Inst. de act. §. 1. Inst. quib. mod. re contrh. oblig.* arguit dominium translatum: dari enim id cuiq; intelligitur, quod nondum est actoris *§. 14. I. d. t. de act. l. 25. pr. ff. de O & A.* Sed excipit hîc fasciculi quarundā quæstionū Autor *Johan. Martini Dissentientium Choragus q. 7. circa fin.* 1. Imò eandem formulam omnib. actionib. personalibus esse cōmunem *d. §. 14.* quibus tamen constat non ubiq; dominiū peti exemplo actionis cōmodati, depositi, quæ personales sunt *tot. tit. ff. & C. Cōmod. & depos.* & dominium tamen penes actorem esse dicitur *l. 9. ff. de R. V.* Ad quod ego responderim, ideò nos non ferire, quia formulā istā non quà omnib. actionib. in personam cōmunis est, nos adducimꝰ, sed quatenus restringitur ad condictiones pressiùs hoc vocabulo accepto, quarū ut nervosè & eruditè demonstrat

Dn.

Dn. Frantzk. Exer. 13. q. 5. hæc propria est natura & essentia, ut non dominus adversus dominū experiatur. Verùm excipit rursus dupliciter idem *Martini* 1. Condictionē furtivā propriè sic dictā esse condictionē, & tamen eandem contra furē, qui dominus rei furtivæ neutiquā efficitur, competere *d. §. 14. I. de act.* Deinde *d. §. 1. I. quib. mod. re contrah. obl.* intelligendū esse de casu quo consumti sunt nummi, tunc enim in mutuū res incidere dicitur *l. 13 pr. l. 19. §. 1. ff. de reb. cred.* Neutrū movet, non 1. quia id, quòd in odiū furum hôc specialiter concessum dicitur, argumento est infallibili, regularem condictionū naturā esse in contrarium *arg. l. 1. §. 5 ff. de stipul. prætor. l. 12. §. 43. ff de instruct. & instrum. leg.* non 2. quia divinatoriū, id est & contra ipsam Justiniani mentem, quando ex quasi mutuo condictionē nasci affirmat: siquidem si uti dictū & aliàs verissimū est, consumtione mutuū conciliatur, & numi ibid. consumti dicuntur, omninò ex vero mutuo accipientem teneri sequeretur. *Alterū* argumentū tale sit. Qui solvit perimendæ obligationis causâ is transfert dominiū *pr. I. quib. mod. toll oblig.* Atqui etiam qui indebitū solvit, magis vult negotiū distrahere quā contrahere *d. §. 1. in fin. I. quib. mod. re contrah. obl.* Regerit Martini, solutionem quâ dominium transfert, esse debiti non indebiti, & hujus solutionē esse erroneā & falsam, quomodo igitur ex solutione erronea & falsa dominū transferri possit? Resp. si cùm me debere putans solvero, tunc errorem non versari in solutione, nam in hoc si erratum fuerit fatemur, & nos dominiū non transferri *l. 3. §. pen. ff. de condict. caus. dat.* sed solùm in causa solvendi & titulo, qui etiam putativus & ex opinione tradentis adfuisse sufficit *arg. l. 53 ff. de condict. indeb. l. 36. ff. de A. R. D. l. 3. & l. 4. § fin. ff. pro suo.* Ineptè proinde idem ex nostro hoc argumento colligit, quod etiā sine titulo & simpliciter quavis solutione et â cum rem alienā pro mea solvero dominium transferatur: quandoquidem non omnem errorem sed eum solùm qui facti dicitur & justam excusationem meretur in transferendo solutione dominio admittamus, uti deinceps apparebit. *Tertiò* sic potest colligi. Pupillus indebitū solvens nummos extantes speciali jure potest vindicare *l. 29. ff. de cond. indeb.* E. ad alios jus idem porrigi nequit *l. 14. l. 16. ff de ll.* & consequenter aliorū nummi traditione statim & solutione accipienti acquiruntur. Respondet hîc *Martini*, pupillū

in d l.29. naturale debitū solvisse, & hactenus prærogativā præ cæteris habere, ut hoc quoq; casu possit condicere, secus quam aliis permissū est *l.13 l.41. & passim de condict. indeb.* Cæterùm neq; hoc admitti potest propter generalissimā *in l.14. de Cond indeb.* ꝓpositā regulā, quā dicitur naturā æquū esse, neminem, adeoq; neq; etiā pupillū uti expressè de eod. disponitur *in d l.41. eod. tit.* cum alterius detrimento fieri debere locupletiorem, ꝙ tamen omninò eveniret, si naturale ibid. debitum supponeretur. Jam antequā argumenta quibus idem Martini latissimè contrariam opinionem defendere nititur diluamus, præmonendū necessariò est, nos non de quolibet errore loqui non 1. de cōmisso in personæ substantia, qui cōmissus dicitur vitiare actū *l.15. ff. de Jurisd. l.2. pr ff. de Judic. l.52. §.21. ff. de furt.* 2. nec in dominio, v.c. cùm existimo rem alienā meā esse, hic enim & ipse translationem dominii impedit *l.18. C. de rei vindic. l.29. C. de transact. l 35 ff. de A.R.D.* Sed 3. de errore in causa sive titulo, ob quem res debita creditur & traditur *dd. supr. ll.* quibus non obloquitur *l. 18. ff. de reb. cred* quia verba: *magisq; nummos accipientis non fieri*, cum *Donell. 4. Com. 18.* explicamus & accipimus ita ut non irrevocabiliter ejus fiant, sed condictione repeti possint. Nec movent, quæ contra hanc interpretationem movet *Bachov. ad Treutl. Volum. 1. Disp. 20 th. 4. lit. A.* non 1. quòd ratio decidendi desumatur à defectu tituli propter dissensum, ita ut sine titulo dominium nullum transferatur *l.31. ff. de A. R. D.* Resp. Imò etiam ex titulo putativo tanquam justo dominium transire supra probatum dedimus, licèt non irrevocabiliter quod *d. l.18.* negatur: tamen revocabiliter quæ differentia est tituli veri & putativi. Neq; nova videri debet Bachovio hæc distinctio propterea, quòd nusquam cùm dominium non transire dicitur, dominium tamen acquisitum revocabiliter doceri possit; quia utiq; sufficit contrariam phrasin: *dominium transire, non autem irrevocabiliter*, legibus nostris non esse incognitam, ut ☞ *ad aphor. 57.* dicturi sumus. non 3. movet, quod demum consumtis nummis condictio videtur competere, & consequenter extantes ceu proprii possint vindicari. Resp. enim illā conditionē, *si consumserit*, non condictioni esse appositā, q. non nisi eā impletā condictio possit intentari, sed exceptioni doli, nimirū ꝙ eo casu condictio per exceptionē possit elidi. Nunc ordino

ne breviter argumenta Martini examinabimus. Non igitur movet, quòd in dominio tradens consentire debeat traditioni *l. 1. §. 3. & l. 7. in fin. ff. de A. R. D.* qui verò errat non videtur consentire *l. 116. §. ff. de R. J.* Resp. etiam hoc nostro casu quoad ipsam traditionem & Dominij translationem consentire tradentem, licèt erret in causa sive titulo, id quod quominus dominum transeat nihil impedimento est. 2. non obest quòd procurator qui rem suam putans esse meam, alijq; eandem tradit, dominium à se non alienet *l. 35. ff. de A. R. D.* E. neq; qui indebitū solvit *arg. l. 1. §. 1. l. 54. l. 69. ff. de condict. in deb.* Resp. ibid. procuratorem errare non in caussa sed in ipsa re & dominio, quem errorem dominij translationi obesse nec nos diffitemur. Idem responderi poterit ad quartum ipsius argumentum, quo eo quod solutione indebiti dominium transferri adstruimus, infert, E. etiam qui non est dominus, in alium tamen dominium potest transferre *contra l. 20. ff. de A. R. D. & l. 54. ff de R. J.* quia si rem aliam pro mea solvo non in causa sed in ipsa proprietate & re error intercedit, qui translationem dominij remoratur *de l. 18. C. de creb. red.* 3. non obstat, quòd ad transferendum dominium requiratur caussa sive titulus habilis *l. 31. ff. de A. R. D* qui hic videtur abesse. Resp. enim habilem quoq; esse titulum putativum, & quando quis opinatur se debere *l. 53. ff. de condict. in debit.* justa enim causa dicitur & titulus, qui legitimus est & juris authoritate comprobatur, etiamsi minus verus sit *Conn. 3. Com. c. 7. n. 1.* qualem hic intervenisse omninò præsupponimus. 4 non resistit, quod qui ex stipulatu se debere falsò existimans tradit, indebitum solvat *l. 22. pr. ff. de Cond. deb.* & tamen non ipsum dominium sed occasionem duntaxat usucapiendi transferat *l. 3. ff. pro suo* id quod ulterius & magis probat *l. pen ff. usucap.* quâ dicitur; si putans debere tibi, tradam, ita demum usucapio sequitur, si & tu putes debitum esse; & prætereà *l. 4. §. fin ff pro suo* ubi Pomponius ait, qui indebitum, puta rem quam tibi legatam credit, possidet, pro suo possidere & usucapere. Resp. enim istos & similes textus omnes, qui de usucapienda re indebita loquuntur, non de re propria, sed aliena tradita exaudiri debere, quia quemadmodum verus titulus ad usucapionem tum demum proficit, quando quis rem

non ſuam ſed alienam inſcio tradit, ita & putativus non niſi de ſimili & eadem re admitti poterit: hactenus namq; perinde habetur ſi quis juſtè putaverit ſe ex hac vel illa cauſa rem (intellige ſemper alienam) poſſidere, ac ſi ſpecialis & verus aliquis titulus præceſſiſſet *Bachov. ad Tr. Vol 2. D. 22. th. 5. l. 9.* Error igitur ut apparet prædictis caſibus non in cauſa ſed in ipſa re verſatur, quo de non loquimur. 5. non adverſatur *l. 66. ff de condict. indeb.* ubi per condictionem id revocari dicitur, quod ſine cauſa apud alterum deprehenditur, unde concludit. E. dominium in indebito non transfertur: Ratio quia ſine cauſa dominium apud nos deprehendi nequit Reſp. *d. l.* ſaltem de titulo vero loqui & velle, quod nonniſi ex tali cauſa dominium ita in aliũ poſſit transferri, ut ab eodem nequeat revocari. Sed quominus etiam ex titulo ſaltim opinione tenus juſto dominium tranſeat revocabiliter id ibid. non negari, ſed potius uti *d. l. 53. ff. eod. tit. & d. l. 36. ff. de A.* R. D. deciſum jam erat, relinqui. 6. non repugnat: quod ſi ex indebitè ſoluto dominium tranſit, abſurdè ſequatur, numquam indebiti condictionem locum habere. Ratio, quia ex ijs ſolùm cauſis quæ effectum non habent ſi ſolvantur, condictio indebiti competit *l. 54. ff. de condict. in deb.* Reſp. verba iſthæc: *vel non habuerunt effectum:* non de omni omninò effectu, ſed ſolùm eo, quẽ ſolvens intenderat, debere intelligi, ne alioqui, cùm ad minimum traditione poſſeſſio in accipientem transferatur, nullo planè caſu indebitum condicere liceret. 7. non refragatur quod admiſſâ noſtrâ aſſertione, etiam ille dominium acquireret, qui ſciens indebitum accipit, & conſequenter, quia talis accipiens furtum dicitur committere *l. 18. ff de condict. furt. l. 44. §. 1. ff. de furt.* etiam fur ex furto dominium nanciſceretur *contra l. 10. §. 2. l. 7. §. 1. ff. de condict. furt.* Reſp. male omnem indebitos nummos ſcienter accipientem cum fure conferri, cùm non ſemper lucrandi animo id poſſit facere, ſed vel ut reſtituat ſolventis amicis aut alia quavis de cauſa. Non enim abs re in *d. l. 44. §. 1.* verba illa *ſi lucrandi animo fecerit:* adjecta eſſe credendum eſt. 8. non obſiſtit, quod nihil condicatur niſi quod ex injuſta cauſa eſt apud alium *l. 6. ff. de condict. ob turp. cauſ.* ſi hoc, quî dominium, quod nonniſi jure acquiritur, translatum poteſt dici? Reſp. 1. Injuſtam cauſam ibi

non

non significare reprobatam, sed quatenus opponitur veræ, idem denotare quod erroneam, quam ad dominium transferendum habilem esse aliquoties dictum est. 2. Non absonū esse ut ex injusta quoq; causa dominium ad alterum transeat. Quid enim si dolo aut metu quis inductus stipulanti promiserit, & cum se debere putaret, solverit? Causa utiq; est in justa, sed dominium tum nihilo minꝯ transit, ex eo quod stipulatio talis ipso jure valet *§. 1. & 2. J. de except. 9.* Parum moramur *l. 5. C. de præscript. long. tempor.* ex qua talem regulam adversarius extruit. Qui solo errore causam possessionis sine vero titulo præstat, ille dominium retinet Resp. enim imo ibidem dominium esse translatum, ostendere id ipsum quod petere dominium talis dicatur. Petimus enim dominium non actione reali & vindicatione, quippe quæ domino pro possessione solùm impetranda conced tur *l. 23. ff. de R. V. §. 14. J. de act.* sed personali & Condictione sub formula: *rem sibi dari oportere arg. l. 75. §. 5. ff. de V. O. l. 15. §. 1. ff. de contrahent. emt.* 10 non resistit quòd ignorantiâ juris solvens transferat dominium *l. pen. §. ult. ff de jur. & fact. ignor.* E. ignorantiâ facti solvens non transferet. Resp. enim Ignorantiam juris & facti sibi invicem opponi non in transferendo dominio, sed repetendo, ita, ut qui sciens indebitum solvit verè & irrevocabiliter dominium aliò transferat, ac proinde repetere nequeat: non item qui ex justâ & facti ignorantia solvit. Deniq; frigidè nimis ab eodem sic colligitur ex *l. 84. ff. de R. J.* Indebitum solutum dicitur repeti. Atqui repetitio intelligitur de actione in rem E. Resp. minorem esse falsissimam *arg. l. 1. l. 9. l. 10. l. 11. l. 12. l. 65. §. 4. & passim de Condict. indeb.* Et tantum de prima controversia, quâ declaratâ ulterius quæritur: *an ut indebitum possit repeti errore juris an facti solutum fuisse oporteat?* Placet quòd facti tantùm error huic condictioni locum faciat, tum propter textum expressum *l. 10. C. de Jur. & fact. ignor. l. 9. C. ad L. Falc. l. 28. ff. de condict. indeb. l. 6. & seq. C. eod.* tùm, quod errans in jure comparetur scienti *arg. l. 9. C. de ll.* & paria sint scire & scire debere *l. 7. §. 2. ff. pro emtor. l. 5. ff. de reb. cred.* sciens autem qui solvit non repetat. *l. 1. in fi l. 24 l 26. §. 3. Clud. de Condict. indeb. c. 1 n. 14 & multis seqq: Dn. Arum. Disp. ad Pand. 15. th. 15. Hackelm. Disp. 10. th. 5. l. 13. Eguin. Baro ad §. 1. J. quib. mod. re contr. obl. Donell. 14. Com. c. 14.* & frustra

ſtra ad *d. l. 9.* regerit *Bachov. de Act. Diſp. 4. th. 17. in fi.* ibidem aliquam qualem qualē obligationē naturalem intercedere, quæ juſtam faciat repetitionem; qvoniam ea naturalis obligatio, quæ nudæ honeſtatis & conſcientiæ vinculo ſuſtinetur condictionem non impedit *l. 1. junct. l. 9. C. ac L Falc.* fatente ipſo *Bachov. ad Tr. V. 1. D. 22. th. 4 l. A* Neq; in contrarium quicquam facit, uti quidem exiſtimat *Bachov. d. loc. l. 26. §. 3. ff. d. condict. indeb.* propterea, quòd ſolus ſcientiæ caſus ibid. excipiatur, cùm uti dictum in jure errans & ſciens ad paria judicentur *l. 9. §. fin. ff. de Jur. & fact. ignorant.* non etiam obſtant *l. 7. ff. de condict. cauſa data l. 5. C. de indeb. condict. l. 38. l. 2. §. fin. junct. l. 3. ff. eod.* quia in univerſum omnes illos textus de errore facti optimè accipere poſſumus. Nam in *l. 7.* dicitur ſolvens dotem nomine mulieris, ſe debere pecuniam mulieri ex iſtimaſſe. *in l 5.* emancipat... tempus lege definitum nondum præterijſſe putabat. *in l. 38.* frater ſibi falsò perſvadebat, mutuum ex cauſa peculij caſtrenſis fuiſſe contractum in *l.* autem *3.* heres autumabat teſtamentum, ex quo aliquid ſolvit, vigorem juxta legis præſcriptum habere. Malè quoq; contra nos adducitur *l. 1. pr. ff. ut in poſſ. ſſ legat. vel fid. ſerv.* quia eo in caſu benignè receptum dicitur ne juris ignorantia noceat condictioni, quod in conſequentiam neutiquam eſt trahendum *l. 14. & l. 16. ff. de ll* Nihil prætereà ſtringit *l. 9. pr. & §. 7. l. 29. l. 40. ff. de condict. indeb. & l. 2. C. ſi adverſ. ſolut.* quia itidem in caſibus planè ſpecialibus & perſonis privilegio quodam ſingulari munitis locum habent, adeoq; regulam in contrarium eſſe ſatis evidenter arguunt. Sed & ex *l. 4. de Jur. & fact. ignor.* Bachov. ita perperam colligit. Quicunq; ſolvens errore juris ita amittit dominium, ut nulla ei competat repetitio (quæ noſtra eſt opinio) ille per errorem juris amittit rem ſuam, eiq; juris error in amittenda re ſua nocet, quod eſt contra *d. l. 4.* Reſp. n. i. dominium ita ſolventem non amittere per errorem juris, ſed per ſolutionem animo alienandi & deſtrahendi factam, licèt error juris huic ſolutioni cauſam præbeat. 2. Præcitatam *l. 5.* ut & præcedentem *l. 7.* loqui manifeſtè de caſu nondum amiſſi dominij ſed amittendi. At verò in ſolutione indebiti dominium transſire ſatis hactenus apertè oſtendimus Deniq; nil juvat Bachovium, quod ll. ſub *tit. condict. indebit.* locatæ generaliter de errore lo-

quan.

quantur & consequenter etiam de juris errore accipi debeant, *arg. l. 8. ff. de public. in rem act.* Resp. enim 1. Istarum ll. generalitatem ex supra adductis ll. specialioribus esse explicandam, siquidem in toto nostro jure generi per speciem derogetur *l. 80. ff. de R. J.* 2. Imò verbum erroris simpliciter prolatum in jure nostro eum qui facti dicitur cõmuniter denotare *arg. l. 9. §. pen. ff. de J. & F. I. l. 4. ff. quod vi aut clam junct. l. 3. pr. & fin. ff. d. t. de J. & F. J.*

Aph. 36. Sed nec hæc quæstio: *an ad acquirendum dominium traditione & ex contractu emtionis necessariò requiratur vacuæ possessionis traditio?* usq; adeò expedita & levis, quin potius vexatissima est dum & hîc *Domino D. Riemero* τὼν ἐν ἁγίοις veriorem propugnanti sententiam nescio quo contradicendi studio sese opposuit jam præced. aph. nominatus & confutatus *Martini à fasciculo q. 1.* aliquot commentis rationibus & argumentis contrariũ defendendo: cui ut pios *Domini Riemeri* manes adversus nugatorem mordacem vindicem, veriori prius sententia solidè stabilitâ respondere hac vice annitar. Ita verò pro nostra & veriori adsertione cum *Dn. Riem. Dec. 10. q. 10. Dn. Franzk. Ex. 11. q. 2. Bachov. Vol. 2. D. 20. th. 4. l. D. Harprecht. ad Pr. J. de rer. div. n. 17. & seqq. Bronchorst. Cent. 3. ass. 81. Marc. Lyckl. à Nyeh. lib. 7. membr. ecl. 24.* contra *Donell. 4. Com. 19. eiusq; defensorem Hillig. & Joh. Martini* colligere licet. 1. Traditio, quæ mad dominium transferendum accedere oportet, *l. 20. C. de pact.* in jure nostro nihil est aliud quã datio possessionis *l. 2. §. 1. & l. 3. d. act. emt. l. 50. pr. ff. de R. V.* quemadmodũ igitur una eadẽq; possessio eod. modo penes duos simul esse nequit *l. 5. §. fi. ff. Commod. l. 66. §. 2. de leg. 2.* ita nec dominium alicui potest tradi, ut penes alterum sit eiusd. principium sive legitima possessio. 2. Si in casu, quando invitus rem suam vendere cogitur quo de vid. *l. 8. in fi. & l. 9. ff. rer. amot.* dominium nõ aliter in emtorem transfertur, quam ubi res est præsens nec ab alio possessa, sequitur quod idem in libera venditione sit observandum. Prius est verum per *l. 46. & seq. ff. de R. V.* Ergò & posterius. 3. facit *l. 18 ff. de vi & vi arm.* ubi emtor in vacuam possessionem ire jussus dominium non potest acquirere, si colonus fundi eum non admiserit. 4. Addimus *l. 8. C. de action. empt.* ubi venundans prædium non prius eiusd dominium dicitur amittere quàm si emtorem in vacuam possessionem induxerit.

5. Ita concludimus: Qualiter possessio translata à non domino venditore, accedere bonâ fide parit jus usucapiendi: ita liter translata à domino operatur dominium in persona emtoris. Ratio consequentiæ fundatur *in §. 3. in fi. J. per quas pers. cuiq; acquir.* *Atqui* priori casu non nisi per vacuam possessionem jus usucapiendi transit *l. 25. de usucap. l. 5. eod. arg. l. 3. §. 3. ff. de ad qui vel amitt. poss. l. 5. §. fin. ff. Comod.* E. etiam posteriori. 6. Quia possessione amissâ non nisi actiones venditor præstare solet & potest *l. 35. §. 4. C de contrah. emt. l. 31 ff. de act. emt.* E. si dominium velit transferre venditor possessionem ipsam emtori præstare tenebitur. Hoc argumentũ non videtur intellexisse: Martini dùm contra nos improvidè torquet. 7. Quia emtor si sua culpa rem traditam non usuceperit ratione evictionis regressum ad venditorem non habet *l. 56. §. 3. & l. 45. ff. de evict.* quod utiq; fieri non posset, nisi venditor intelligeretur in emtorem transtulisse vacuã possessionem, quippe sine qua usucapio nulla procedit per superiora. 8. Juvat hanc sententiam, quod non nisi mediante possessione, quæ penes duos esse nequit, acquiratur dominium *l. 1. pr. ff de acquir. poss. & l. 1. & l. 8. C. eod.* quos textus Donellus vitiosè ad res quæ nullius in bonis sunt restringit, si quidem & traditio ex Jure Gent. transferendi dominij modus est *§. 41. J. h. t.* 9. Idem haut obscurè innuit, *l. 47. C. de Rei Vindic.* ubi emtor servum sibi non traditum non potest vindicare, nullam certè ob causam aliam, nisi quòd Dominus ejusdem nondum esse putetur *l 43 ff. de R. V. & §. 14. J. de act.* 10. Deniq; manifestè id ipsum exprimitur *l. 12. C. de probat* cùm inter alia celebratæ emtionis signa infallibilia recenletur, in vacuam possessionem inductio. Antequam verò ad contrarias rationes respondeamus tria præmonere necessarium visum est. 1. Nobis hic esse sermonem de acquirendo dominio ex Jure Gentium per traditionem, & ex illo jure nos maximoperè urgere vacuam possessionem, & vicissim concedere, dari quosd. de Jure Civ. modos, quibus sine ulla possessionis apprehensione rerum dominia transeant, cujusmodi sunt constitutio *§. constituitur J. de usufr.* cessio, mancipatio, adjudicatio, hereditatis aditio *Ulp. Fragm. tit. 19. per tot* quin & rei quoq; legatæ *l. 80. de leg. 2. l. 61. ff. de fort.* quam ob causam nihil contra nos facit tertium ab herede, (qui here-

tedi.

reditariarum rerum possessione nondum apprehensâ dominium dicitur acquirere *l. 23. ff. de acquir. poss.*) desumtum Martini argumentum 2. Per possessionem nos intelligere non nudam detentionem, quæ penes alium existens impedire non potest, quo minus res tradi rectè & dominium transferri possit, quippe cùm ipsa vera & perfecta possessio, qua quis rem animo & affectione domini pro sua tenet, sit penes tradentem cujus exempla sunt in commodato, deposito & similibus, ut malè hinc contra nos inducat *l. 20. ff. de acquir. poss.* Martini. 3. nos quærere hic de translatione facienda, per quam in emtorem transferatur vel dominium vel conditio usucapiendi, ad quorum alterutrū est adstrictus venditor *juxt. l. 11. §. 2. ff. de act. emt. l. 30. eod. l. 25. §. 5. ff. de contrab. emt.* non autem de ipsius obligationis satisfactione. Jam ad argumenta progredimur. 1. sic colligit Donell. Ubi requiritur traditio, aut sufficit traditio simplex, ibi non requiritur apprehensio aut translatio plenæ & vacuæ possessionis. Atqui hic sufficit §. *40. J. h. t. & l. 29 ff. de pact.* E. Resp. enim imò hic non sufficere simplicem traditionem ex jam dictis apparere, & magis ex adducto à Donello exemplo, quippe quod arguit istiusmodi apprehensionem non nisi subreptitiam imò ineptam & imaginariam esse, quæ affectum dominij neutiquam producere potis est *arg. d. l. 18. ff. de vi & vi arm. l. 6. §. 1. ff. de acquir. poss. & l. 46. C. eod.* sicubi nec à se verus possessor possessionem abdicat, & in alium transfert, quod tamen necessario fieri oportet. Nec movet exemplum commodati & depositi, quæ & ipsa tradi dicuntur, ut ut possessio ijsdem non transferatur. Resp. enim vocabulum *traditionis* tanquam polysymon ex natura cujusq; substrati explicandum esse, ut aliter accipiatur in commodato, cùm hoc ex sua natura possessionis non desideret translationē: aliter verò quando de dominio per traditionē transferendo quæritur. Quemadmodū n. quoad hunc translationis dominij effectū apprehensio non aliter fieri potest, nisi alter prius sua spolietur possessione: ita quoq; neq; translatio, maximè cùm possessionē nemo possit transferre nisi q eā habeat. 2. Nihil obest quod possessio cū dominio nihil dicatur habere cōmune, & consequenter ad illud acquirendum possessione nihil opus videatur. Resp. committi fallaciam homonymiæ ex ignorantia phraseos

nihil haberè commune: l. 12. §. 1. ff. de ad quir. vel am. poss. quæ sanè non ita accipienda est, quasi ad dominium acquirendum non debeat aut possit concurrere possessio contra expressum text. *in l. 1. pr. ff. de acquir. poss.* aut unum ab altero incipere. Alioqui enim sequeretur nulla prorsus apprehensione rei in acquisitione dominij opus esse: Sed potius ita, quod nihil ratione suæ naturæ & principij possessio cum dominio habeat commune, quatenus nimirum illa per corporalem rei apprehensionem corpore & animo acquiritur *l. 1. pr. l. 8. de acquir. poss.* & hoc respectu meri facti dicitur *l. 1. § 3. §. 4. & l. 29. ff. de acquir. poss. l. 6. §. 15. ff. si is qui test. lib. l. 19. ff. ex quibus caus. maj.* hoc verò solo juris intellectu subsistit & juris est *l. 6. C. de pact. int. emt. & vend. l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* 5. non adversatur quod is in cujus bona ex primo decreto ad possidendum creditores missi sunt, nihilominus rectè alienet, ita ut in emtores dominium transferat *l. 14. ff. quæ in fraud. cred. l. 21. ff de contrahend. emt.* quamvis res non sit vacua *l. 2. §. 1. ff. de actio. empt.* Resp. I. Creditores immissos ex decreto magistratus nequaquam possessionem rei venditæ habere *arg. l. 3. §. 4. junct. l. seq. ff. ad exhibend. l. 13. ff. de usuc.* cùm animô sibi habendi non possideant, quæ tamen veræ possessionis proprijssima nota est. Sed imò ipsum debitorem quoad usucapiendum rem possidere argumento esse *l. 16. l. 33. §. 4. ff. de usuc. l. 1. §. 15. de acquir. poss.* 2. Ad *l.* enim 2. §. 1. *ff. de act. emt.* dici potest, negari ibid. possessionem esse vacuam simpliciter, ita ut planè alius non detineat, adeoq; eam tradendo venditor intelligatur satis fecisse suæ obligationi, quippe quę exigit ut ab omni etiam nuda detentione vacua præstetur possessio *d. l. 2. §. 1. de act. emt. l. 9. §. 1. ff. de solut.* Interim tamen vacua est secundùm quid, & suo modo, quà penes creditores non est animus & affectio habendi, sed nuda detentio, quam penes alium existentem, quominus res tradi rectè dicatur, nihil impedimento esse præmissimus; non quoq; resistit, quòd dominium absq; possessione possit acquisitum subsistere *l. 12. §. 1. l. 13. pr. ff. de acquir. poss. l. 7. 8. 9. 10. 12. 18. 20. & passim de R. V.* E. etiam acquiri Resp. enim nullam esse consequentiam, cum rarum non sit, ut quæ ad constitutionem alicujus

requi-

requiruntur, si posteaquam res constituta est absuerint, rem semel constitutam non tollant. Exemplum potest desumi à bona fide in usucapione de Jure Civili ab initio maximè necessaria, quæ tamen cœptam præscriptionem si postmodum desierit non impedit *juxt. dissert. 6. aphor. 24.* Aliud egregiũ exemplum ostendit *l. 8. §. 1. ff. de servitut.* non etiam adversatur quòd venditor tum demum teneatur ex empto, quando dolo malo fecit, quominus emtor possessionem acquireret *l. 68. §. 2. ff. de contrab. emt. l. 2. §. 5. ff. de hered. vel act. vend.* Unde videtur concludendum, quòd si non dolo malo venditori possessionem non præstiterit, ex emto non teneatur: cùm possit responderi negando eo solùm casu unico ex emto venditionem teneri, siquidem sint istius actionis causæ & scaturigines aliquam multæ ut docebimus *infra Differt. 15. aph. 25. & seqq.* Tandem nihili quoq; facimus *l. 16. ff. de fund. dotal.* ubi dicitur fundus ab alio possessus dotalis effici, qualis tamen fieri nequit nisi dominio translato *arg. l. 41. ff. de A. R. D. l. 13. §. 2. l. 14. §. 1. eod.* Quia responderi potest, vel cum *Dn. Riemero* culpam inibi marito imputandam esse, quod non recuperaverit possessionem sibi debitam, quam etiam uxor eidem contulit, quemadmodum etiam alioqui sufficit, si venditor rem habere emtori licere præstiterit *l. 188. de V. S. l. 25. §. fin. ff. de contrab. emt.* qui si postmodùm non usuceperit regressum non habet ratione evictionis ad venditorem *l. 56. §. 3. item l. 45 ff. de evict.* vel cum *Dn. Franzk. ex Cont. 1. Disp. Jur. Civ. 8.* 1. fundum illum quidem in dotem fuisse destinatum nondum autem traditũ *arg. l. 14. l. 16. ff. de Jur. dot.* ubi eadem phrasis, *in dotem dare*, hoc sensu usurpatur vel cum *Harprecht.* 2. non ipsum fundum in maritũ fuisse translatum, sed tantùm mulierem actionem sibi pro fundo dotali competentem marito dedisse, adeoq; fundum traditum videri, cum dotis datio habeat vim cessionis actionum, & qui actionem ad rem habet recuperandam, ipsam rem habere videtur *l. 15. ff. de Reg. Jur.*

Aphor. 37. Ut inter modos dominii adquirendi de Jur. Gent. rectè connumerari possit victoria, ante omnia necesse est ut bellum non sit intestinum & civile *l. 21. ff. de capt. & postl. rever.* sed justum cujus finis est, ut in pace vivatur *c. justum C. 23 q.* cum hoste externo, & quidem legitimè denunciatum *l. 24. d. t. de capt. &*

postl. rev. l. 118. ff. de V. S. Cic. lib. 1. offic. Tali in bello ex hostibus quæ capiuntur statim absolutè & Jure Gent. fiunt occupantis *h. §. 17. l. 5. §. ult. l. 52. ff. de A. R. D.* sive sint res mobiles & se moventes sive immobiles. Hactenus enim cum *Hottom. ad h. §.* malè distinguunt *Cujac. ibid. & 16 obs. 7. Cœdd. in l. 3. §. 1. ff. de V. S. n. 10.* inter res mobiles, sive quæ in excursionib. capiuntur, & inter imobiles, putantes, illas solùm militib. occupationis jure cedere, has non item: cùm pótius salvâ istâ regulâ: *res captæ ab hostib. victori acquiruntur*: distinguere debuissent milites ab iis, quorũ stipendiis & sumptib. militatur bellumve geritur, ita ut res solùm mobiles & quas singuli capere ex hoste, & apud se habere possunt, milites occupando suas faciant: ea a. quæ non nisi universi milites occupare & tueri valent, universali victori, sive is sit Princeps sive civitas acquirantur *l. 20. §. 1. ff. de capt. & postl. rev.* Quod enim totius exercitus operâ adquiritur, licet singuli juverint, non singulorũ sed omniũ erit: omnes a. repræsentat victor universalis *M. Lyckl. à Nyeh. lib. 3. memb. eclog. 8.* Hoc enim ipso quod non uni Principi sive populo vel solis militibus omnia acquirantur in bello, nequaquã infringitur & restringitur prædicta regula, *capta ex hoste victori adjudicantur*: sed qualiter solùm istæc vel singulis vel universitatem repræsentanti acquirantur, edocetur. Quæcunq; igitur hostes & incolæ istarum terrarum, quarũ possessiones exercitus occupat, tenent, iis devictis in jus victoris universalis cum immobilibus transeunt: in cujus tum voluntate situm est, ut vel militibus direptionem publicam possit concedere, quo de non incommodè possumus exaudire cum *Hillig. ad Don. 4. Com. c. 21. lit. C.* Constitutionem Justin. *in l. 36. §. 1. C. de donatio.* ubi permittit magistro militum donare militibus ex spoliis hostium, hoc est, ut bene notat *Gothofr. ibid. l. 6.* militibus suis prædam seu diripienda hostium spolia donare: vel prædam istam venditam in ærarium per quæstores referre *Agell. 7. N. A. cap. 4.* quo casu, qui prædam surripit peculatus crimine tenebitur *l. pen. junct. l. 1. ff. ad L. Jul. pec.* nec mov. *l. 31. ff. de Jur. fisc.* ubi generaliter bona obsidum æquè ac captivarum in fiscum cogenda esse dicitur, unde colligit *Anton. Merend. lib. 2. Controv. c. 22.* Ergo planè nihil privatis militibus Jure Gent. ex hoste potest adquiri. Resp. enim ibidem non de mobilibus rebus, quas secum obsides, cùm da-

rentur, habuerunt, puta monilibus, annulis & consimilibus agi, & consequenter nec de talibus captivorum, sed ea solùm in fiscum cogenda dicuntur, quæ cum persona ipsius captivi non capiuntur, cujusmodi sunt fundi, prædia, & possessiones, quippe quæ singuli milites non sibi habendi sed Principi aut Domino suo acquirendi animo occupant, uti hoc ipsum eleganter ex rationibus dubitandi & decidendi elicit *Dn. Hillig. d. loc.* quo me remitto.

Aphor. 40. non autem avulsio.] Differunt inter se alluvio & avulsio non quoad modū duntaxat adjiciendi dum alluvio est incrementum latens & insensibile, cùm flumen paulatim & minutatim sine tamen sensu alterius agro detractum meo adjicit §. *20. Inst. h. t.* avulsio autem quæ fit impetu quodã & vi fluminis est incrementũ apparens & manifestũ: §. *21. h. t.* verùm etiam quoad jus Per alluvionem namq; adjectum fundo, adquiritur illius domino *d.* §. *20.* quod a. vi fluminis adjicitur, manet pristini domini, de cujus agro detractũ est, nisi fortè portio illa cum terra coaluerit: tùm enim non solùm ea ipsa, sed & arbores si radices egerint cum ead. alteri adquiruntur. Proinde rectius ut apparet, *in d.* §. *21.* legitur *videtur*, quàm *videntur*, siquidem non modò consentiat lectio Florentina teste *Pacio in not. ad d.* §. *21. lit. a. & l. 7.* §. *2. ff. de Adq. Rer. D.* unde §. iste transsumtus est: verùm etiam idem tàm de parte quàm arboribus exertè tradatur *in l. 9.* §. *2. ff. de damn. infect. junct. l. 5.* §. *3. ff. de R. V.* & suadeat ratio non inelegans, nimirum quòd jam ex partis avulsæ adquisitione possimus etiam de consequentis videlic. arborum acquisitione facilè judicare, sed non vicissim: cùm solum quidem sine arboribus, at non arbores sine solo esse possint. Neq; credibile est, quod *Hortens. ad h.* §. *21.* tegerit: imò de arboribus apud veteres dubitationem fuisse potissimam: quibus non existentibus nec pars ablata veterem dominũ mutabat: quia omninò pars avulsa etiamsi nullas secum attraxerit arbores, modò tamen coaluerit, alteri prædio cedit *d l. 9* §. *2.* id quod etiã ostendit oppositio casuum *in* §. *21* cùm fundi portio vel pristini domini manere vel alteri adquiri dicitur. Porrò si de arboribus dubitatum fuit antiquitus utiq; multo magis de parte soli, cui adhærent arbores dubitatum fuisse manifestum ex eo est, quòd hæ solo cedant,

 non

non contra *d. l.7.§.fin. in fin.ff. de A.R.D.* nec mov. *l.5.§.3.ff. de R.V.* quia agit de rei vindicatione utili quæ dominium nullum aut rarissimè supponit *arg. l.75.ff. R.V.§.35.I. h.t. l.29.§.ult. & seq. ff. de don. int. vir. & ux.*

Eod. aphor. insula.] Quatenus Insula primi quoq; modi adquirendi qui dicitur occupatio sit objectũ diximus *sup. ad aph.28.* Hîc venit dilucidandum & illustrandum, quâ ratione ad accessionem insuper Insula in flumine nata referri debeat. Flumen in quo Insula exurgit vel est privatum vel publicum *l.1.§ 3.ff. de flum.* Ibi quæ nascitur jure proprietatis & usus ad fluminis dominum pertinet: hic verò & in flumine publico, si qua emerserit insula, tunc quia alveus ipse est quodammodo pars vicinorum prædiorum, sed quæ tamdiu juris publici facta est, quoad à flumine tenebatur & contegebatur, omninò naturali convenit æquitati, quia jam prominente ex superficie fluminis Insulâ, usus alvei publicus impeditur, & privatorum jus rursus se exerere incipit, ut tanquam pars vicinorum prædiorum *arg. l.30.§.1. & §. seq. ff. de de A.R.D. & l.1.§.7.ff. de flum.* eorum dominis cedat *Donell. 4. Com. c.29.* quandoquidem ex hac ipsa ratione, quod alveus quodammodo pars sit vicinorum prædiorum, alia acquisitionis species, quæ fit per alvei destitutionem est introducta, quatenus per eam alveus â flumine destitutus, cùm usui publico non amplius possit inservire, in privatorum dominium pro modo adjectorum prædiorum revertitur *§.23.h.t.* Et hanc ipsam genuinam ac germanam esse prædictarum acquisitionis specierum rationem haut levi insuper argumento probatur *ex l.65.§.2.ff. de A.R.D.* quippe in qua subtilissimè aqua fluminis & in ea vigultis aut alia levi materia sustentata natans Insula separatur ab ea, quæ ipsi solo alvei adhæret, ac propterea unicè publica permanere, nec in privatorum proximorum dominium reverti dicitur, quia solum non tangat: unde necessariò consequitur, insulam ipsi alveo cohærentem propter solum quoq; adquiri, uti non minus quoque *ex l.1.§.6.ff. de flumin.* quatenus insula in publico nata occupantis fieri negatur, propterea quod ager adjacens fuerit limitatus. Ex eo n. ipso quòd ager talis per limites ab alveo separatus videtur, optimè à contrario sequitur: agro non limitato alvei solum cohærere, ejusq; jure, si hoc ut solo uti contigerit, censeri. Nata igi-

Igitur Insula in flumine publico vicinis possessoribus accedit, vel æqualiter, si medium fluminis Insula tenet, & prædia utrinque sunt æqualis latitudinis: vel iis solùm & in solidum, qui sunt ab una parte fluminis, si ei parti propior sit: vel denique si medium tenet insula, & prædia non sunt æqualia pro modo latitudinis eorum *l. 7. §. 3. ff. de A. R. D. l. 1. §. 6. ff. de flum.* ita quidem ut ea sit possessorum propria, solâ extremitate ejus, quæ loco ripæ est, usui publico relictâ *§. 4. h. t. l. 5. ff. de rer. divis. l. 30. §. 1. ff. de A. R. D.* quod ipsum clarius patet ex *l. pen. §. 1. de A. R. D.* ubi dicitur ea pars Insularum quâ ripas constituunt ejus fluminis, quô proximè cinguntur, publica esse, non aliter quàm ager *g* in continenti ea parte, quâ flumen contingit, ejusd. quoq; juris est, nim. publici *Dn. Ungep. Ex. 5. q. 7. in Ajo.* Nam quemadmodùm non totus ager est ripa, sed ejus tantùm extremitas, seu pars illa quæ à plano vergere incipit usq; ad aquam *d. l. 3. §. ult. ff. ne quid in flum.* Ita quoque non insula tota, sed ejus tantùm extremitas juris erit publici, ut naves ad eum appellere, funes arboribus ibi natis religare liceat *d. l. 5. de rer. divis.* cui ulterius probando tale *ex d. l. 1. §. 6. ff. de flum.* necto argumentum: Si interdictum de fluminibus ideò ad ripas pertinere dicitur *d. l. 1. pr.* quia eorum usus est publicus *§. 4. Inst. h. t.* ad insulas verò porrigi negatur propterea, quia quod in ea fit in publico fieri non videtur *d. l. 1. §. 6.* sequitur omninò, quòd Insula non aliter possit dici publica nisi ratione extremitatum, quæ flumen in quo Insula nata est, quasi dividunt & navigantibus riparum usum præbere assolent. Quocirca nihil obstat, quòd *in d. l. pen. §. ult. ff. de Adq. rer. dom.* absolutè insula dicatur publica: quia locutio illa generalis quousque se extendi patiatur ex jam adductis facilè intelligitur, juxtaq; ea, secundùm quid tantùm & quoad ripas ita propriè dici posse deprehenditur.

Eod aphor. inundatio autem sola.] Inundationis verbum & generis est & speciei. In genere denotat omnem maris & fluminum exæstuationem & aquarũ effusionem, quâ solum agri flumini contigui operitur & contegitur, sive cursum illum alveo facto flumen retineat, vel etiam mox relinquat *l. 24. ff. quib. mod. usufr. amitt.* In specie autem & quâ alvei mutationi opponitur

Ii inun-

Inundatio propriè dicitur, quando flumen imbribus adauctū & ripas egressum in vicinos campos se effundit; ita tamen ut simul alveum suum retineat, quæ dominium aut speciem agri non immutat §. 24. *Inst. h. t. l. 30. §. 3. ff. de A. R. D.* solo ejusd. juris perpetuò manente *d. l. 24. ff. quib. mod. usufr. amitt.* neq; obloquitur nobis *l. 23. ff. eod.* quia JCtus ibid. non agit de simplici aquarū inundatione, cùm flumen alveum suum retinens effunditur extra ripas: sed cùm flumen totum uno impetu alveo deserto in agrum aliquem se effundit, ita quidem ut ignoretur an flumen in eo agro sit mansurum, an verò in priorem suum alveum reversurum. In illo enim dubio dicitur interim proprietas amissa, sed quæ tamen si in pristinum suum alveum uno impetu revertatur flumen, pristino domino debeat restitui *Bachov. ad d. §. 24.* non etiam movet quòd imò inundatione possessio dicatur amitti *l. 3. §. 17. ff. de acquir. poss. l. 12. §. fin. ff. de reb. auth. jud. poss.* quia hîc demum rectè illa *Ulp. in l. 52. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* verba usurpamus: possessio cum proprietate sive dominio nihil habet cōmune. Cæterùm cùm flumen non solùm in hortum alicujus impetu quodā sese effuderit, verùm etiā per eundem ita manere cœperit, ut alveum suum priorem prorsus derelinquat, tum & proprietas & ususfr. istius horti amittitur, neq; etiamsi postmodùm eundem alveum flumen lento fluxu deseruerit, pristino suo domino debet restitui, sed eorum esse incipit, qui propè ripam ejus prædia possident *d. §. 24.* cui non adversatur *l. 7. §. 5. ff. de adquir. rer. domin.* quia uti manifestum est ex benigna æquitate contra scrupulosam juris subtilitatem; quâ ob mutatam formam res ipsa periisse putatur, si uno impetu flumen ab agro occupato recesserit, id ita receptum dicitur, scil. cùm vix obtinere possit prioris formæ mutatio, si fluvius rursus uno impetu recesserit *Connan. 3. Com. cap. 5. n. 2. Pac. 6. Enant. q. 88.*

Aphor. 43. Tria hic occurrunt, quæ sollicitos semper habuêre Interpp. variasq; iisdem extorsere sententias: 1. ædificantem in suo solo ex materia aliena, domus sive ædificii fieri dominum & tamen materiæ dominium à pristino domino non abscedere. 2. Bonâ & malâ fide ædificantem pariter eâdem de tigno juncto in duplū actione teneri. & 3. bonæ fidei ædificatorem restituendo tignum dupli præstationem evitare posse. De singulis breviter quid

quid nobis videatur aperiemus. Primùm igitur quòd in suo solo ædificanti acquiratur ædificii immobilis dominium hæc est ratio solidissima, quoniam ædificium sine solo esse nequit *l.23. §.3. ff. de Rei Vind.* & naturali quoq; juri convenit, ut superficies cedat solo *l. 50. ff. ad L. Aquil. junct. l. 44. §. 1. in fin. de O. & A. l. ult. ff. de superfic.* adde *l. 26. ff. de usucap. l. 39. ff. de R. V. l. 5. C. de ædific. priv. l. 28. ff. de Act. R. D.* Sed unde fit, quòd pristinus dominus soluto ædificio materiam suam vindicare possit *§. 30. Inst. h. t.* & consequenter & ipse ejusdem dominus existat *arg. l. 23. ff. de R. V. §. 14. Inst. de act.* cùm tamen unius ejusdemq; rei duo in solidum, nec possessores nec domini esse queant *l. 5. §. fin. ff. Commod. l. 66. §. 2. ff. de leg. 2.* Nos Autoris ductum, cùm *l. 23. ff. de usucap.* inspici jubet, secuti respondemus, materiam ædium posse considerari dupliciter, vel in se & separatam, quatenus extra ædificium ut res alia mobilis propiam suam habet substantiam, eâq; consideratione verum esse, quòd materiæ qui priùs habuit, dominium retineat *l. 59. ff. de R. V.* vel quatenus eadem cohærens ipsum ædificium & rem soli immobilem constituit & hactenus ædificatori propter solum eandem cedere. Ita namq; *in d. l. 23.* quoad ædes earumq; partes usucapiendas Javolenus distinguit accuratissimè, dicendo: separatis corporibus ex quibus ædes constabant, universitas ædium intelligi non poterit: eademque ratio est, cur qui ædes petiit & victus est, non prohibeatur cœmenta petere; neq; enim uti habetur *in l. 7. §. 2. ff. de except. rei jud.* cujus insula sive domus est, ejusdem quoq; cœmenta sunt. Potest igitur qui materiæ dominus est rem suam ex Dominio, quod retinet, vindicare non quidem semper & dum constat adhuc ædificium, quia id vetat lex 12. tabb. *l. 1. ff. de tign. junct. l. 23. ff. de R. V.* ob rationem elegantem, ne urbis aspectus ruinis deformetur *d. l. 1. pr. & l. 7. ff. de offic. Præsid.* sed diruto & destructo demum ædificio *h. §. 20.* etiamsi ædificans tantum tempus bonâ fide ædes possiderit, quanto aliàs usucapio rerum mobilium absolvitur *d. l. 23. ff. de Usucap.* cum nulla possit isti objici negligentia qui prohibente lege tantisper vindicare & agere non valuit *l. 1. §. ne autem C. de annal. except. l. 30 vers. omnis C. de Jure dot.* Verùm ne usque dum ædes destruantur, & re & pretio carere dominus cogatur, interim actio de tigno juncto in duplũ adv̄sus ædificatorem conceditur

ceditur, sive bonâ sive malâ fide idem junxerit *arg. l. 7. §. 10. l. 23. §. pen ff. de R. V.* quatenus jam dd. locis adversus eum qui sciens tignũ junxit insuper actio ad exhibendũ conceditur, adeoq; eum qui bona fide junxerit, solâ antiquâ actione in duplũ teneri relinquitur, & *arg. l. 63. ff. de donat. int. vir. & ux.* quippe quâ eo solùm casu actio hæc de tigno juncto denegari dicitur, quando alienũ tignũ sciente & volente domino junctum fuerit, & consequenter in cæteris omnib. eid locus aliquis conceditur *arg. l. 18. ff. de testib.* Quin 3. nec rationi juris repugnat etiam adversus b. f. jungentem actionẽ in duplũ competere, cùm semper æquũ sit, ut domino præstetur id quod ipsius interest re sua carere, id quod aliàs quoq; duplo solet taxari *l. 43. & seqq. de act. emt. l. 25. C. de evict.* Etenim & hic non tantùm jungentis, sed etiam domini, qui invitus re sua carere cogitur, rationem habendam esse æquitati convenit maximè. Prætereà sic quoq; pro nostra sententia firmiter colligimus ex § *30.* cum Bachovio *ibid.* Per quam actionẽ de tigno juncto institutã stante ædificio consumitur rei vindicatio, ne scdiruto posteà ædificio materia amplius vindicari possit. illa datur contra b. f. possessorem. Ratio, quia ead. actio adversus eũ intentata, qui sciens jungit, non impedit, quo minus prætereà etiã collapso ædificio materia possit vindicari *l. 1. § fin. ff. de tign. junct. arg. §. ult. I. de obl. quæ ex delict. nasc.* cùm hoc casu sit merè pœnalis (*l. 2. ff. de tign junct.* (sicubi qui sciens tignũ alienũ jungit furtũ committit *arg. §. 3. I. de Usuc.* cujus actionem dupli esse merè pœnalem extra omne dubiũ positũ est:) & consequenter rei persecutoriam consumere haut valeat *arg. l. 7. §. 1. ff de Condict. furtiv.* Atqui per quandã actionem de tigno juncto vindicatio materiæ consumitur *h. §. 20. in fin. ibi: si non fuerit duplum.* E. ea ipsa contra b. f. ædificatorem concedetur. Et hoc vult Autor dum eã actionẽ. quæ contra b. f. jungentẽ competit, mixtam appellat, nimirũ quâ simplũ unũ pro rei pretio, alterum verò pœnæ loco penditur: quo simul profligatur ratio *Wesenb. in d. §. 30.* cùm dicit: bonã fidẽ non pati, ut idem bis exigatur *l. 57. ff. de R. J.* siquidẽ non ex eadẽ causa id fieri non sine ratione monuerimus, quò non pertinere *d. l. 57. ibid.* Dd. comuniter annotant. non mov. ꝙ pœna nulla esse debeat, ubi fraus nulla *l. 131. ff. de V. S.* At qui b. f. jungit non peccat. E. Resp. Imò non tantùm jungentis, sed etiam domini qui

inter.

interea invitus re sua carere cogitur rationem habendam esse. 2. Imò cùm non diligentiùs inquisierit ædificator, sua ne an aliena sit materia, non omni prorsus culpa vacare. Culpam autem quamvis puniri debere expeditum est *l. 8. l. 84. l. 52. §. 1. ff. ad L. Aquil.* non etiam obsistit *l. 98. §. ult. ff. de solut.* quia de scienter jungente possumus eandem optime accipere juxta *l. 1. in fi. ff. de tign. junct.* & dicere: vindicationem contra talem instituì non directam quasi contra possidentem, sed utilem quasi dolo malo fecerit, quo minus possideret cùm res juncta habeatur pro extincta §. 27. *J. h. t.* ut hoc modo contra eundem in litem juretur. Et hæc nostra explicatio ex ipso textu *d. l. 98.* optimè colligitur, dum vindicari quidem posse dicitur tignum, non autem solvi hoc est eximi contra naturam vindicationis directæ, si res penes possessorem reperta fuerit *t. t. ff. de R. V.* non etiam obest quod *l. 12.* tabb. de tigno furtivo solùm loqui videatur *arg. d. l. 63. ff. de donat. int. vir. & ux. & l. 1. §. fin. ff. de tign. junct.* quale non est, quod quis b. f. tanquam suum ædificio immittit. Resp. 1. vel ideò tantùm *furtivi* meminisse legem 12. tabb. quia utplurimum accidit, ut res mobiles cadant in vitium furti §. 3. *J. de Usuc.* adeoq; cum vitium rem sequatur, etiam bonâ fide quis tignum ab alio furto subtractum, possit ædibus suis jungere vel 2. Prædictos textus uti ex dictis abundè liquet, de sciente accipi debere: in eo autem qui b. f. jungit ut adversus ipsum hæc teneat actio, sufficere tignum fuisse alienum, uti sic appellatur *in h. §. 30. & d. l. 23. § pen. ff de R. V.* Non denique adversatur, quòd hac ratione nulla inter b. & m. fide ædificantem appareat differentia. Resp. imò latissimum inter utrumq; discrimen partim superiora arguere, quando præter actionem hanc pœnalem etiam ad exhibendum actione ut & vindicatione malæ fidei ædificatorem teneri diximus *ex d. l. 1. §. fin. ff de tign. junct.* partim hinc elucere, quòd qui malâ fide jungit eximendo tignum, actionem prædictam nequeat evadere eò quod pœnalis sit: possit autem evitare qui bona fide ædificaverit: Quod postremum quia à nonnullis hactenus negatum est ita plenius ostendimus. 1. In §. 30. *h. t. junct. l. 7. §. 10. ff. de A. R. D. l. 2. §. 17. & l. ult. ff. ne quid in loc. publ.* dicitur lege 12. tabb. cautum, ne quis ædes demoliri, tignumve eximere cogatur. Hinc igitur

 firmis-

firmissimè concludo, quòd si paratus sit eximere, omninò id facere possit *arg Rubr. C. ut nem. invit. ager. cog. Donj 4. Com. c. 33.* ne alias lex in favorem alicujus introducta; in ejusdem detorqueatur odium contra *l. 6 C. de ll. & l 25. ff. eod. vid Diss. 1. aph. 17.* 2. Facit quoq; pro nobis ratio l. 12. tabb. *d. §.* adducta: *ne ædificia rescindi necesse sit* magno cum ædificantis in commodo. Inde namq; apparet, quòd si minore cum dispendio & citra ædificij ruinam tignum possit ac velit quis eximere, id utiq; eid. concedi debeat. Et secundùm has ll. videntur explicandi textus illi quibus tignum præcisè solvi videtur prohibitum, cujusmodi sunt *d. l. 98. § ult. ff. de solut. l. 1. ff de tign. junct. l. 6 ff. ad exhibend.* sc. cùm aliàs ordinaria sit vindicationis & ad exhibendum actionis natura, ut nisi actor contra contumacem in litem jurare velit, res etiam ab invito possessore auferatur *l. 68. ff. de R. V.* quòd solùm ista actionum natura prædictis ll. inhibeatur ne ab invito res exigatur, non negato, quin si reus sua sponte velit restituere, id. facere eid. liceat. non mov. quòd prohibitiva ratio *in l. 1. ff. de tign. junct.* expressa: *ne ruinis urbs deformetur:* æquè militet in voluntaria exemtione ac in coacta & necessaria. Resp. enim. Istam non finalem & principalem esse d prohibitionis causam sed im pulsivam & προκαταρκτικήν: tum quod ij, qui in alieno solo ex sua materia ædificant, ædificium possint tollere, *l. 37. ff. de R. V. l. 27. §. ult. eod. l. 5. in fi. C. eod. tit.* tum, quia lex. 12. tabb. etiam de tigno vineis juncto loquitur & ad ædificia quoq; ruri extructa pertinere videtur, quò non nisi absurdissimè prædictā rationem accommodaveris *Bach. ad d. §. 30. ff. de A. R. D.* tùm deniq;, quia alioqui omninò non liceret ædificia demoliri contra *l. 2. C. de ædifi. priv. l. 41. §. 5. ff. de leg. 1.* non obloquitur præterea *l. 41. §. 1. & §. 9. l. 43. pr. ff de leg 1.* ubi senatus censuit, ne quæ ædibus juncta sunt, eximerentur, aut si secus faxit heres etiam volens pœnæ subjugaretur. Resp. Quia istius Scti causa fuit ne tignum promercij causa habeatur uti dicitur in allegata *l 41. §. 5.* hoc est, ne junctorum ædibus commercium & negotiatio esset, contra eam omninò videtur facere, qui non ut vendat, sed ut exsolvat, eximit: secus autem se habet cum exemtione b. f. ædificatoris quippe qui non distracturus sed pœnam dupli evitatu-

rus

jus eximit. non etiam adversatur quod domino jus quæsitum, puta actio tigni juncti ex l. 12. tabb. non possit auferri *arg. l. 16. C. de transact.* Resp. Imò cùm jus istud fundetur in solo domini interesse, quatenus re sua carere invitus cogitur, nunquam illud tignum, quod restituere quis paratus est, junctum videri, sed tum demum radicari actionem, si nec rem suo domino b. f. ædificator restituere velit. Reliqua argumenta quæ contra hanc nostram sententiam construunt *Dn. Hillig. ad Don. 4. Com. Jur. Civ. c. 33. l. C. & F. Dom. Ungep. Ex. 5. q. 9. in Neg. & Hunn. lib. 2. resol. tr. 1. q. 22.* ne nimium hæc nostra extuberent in conflictu profligabimus. Interea vide sis *Bachov. ad. §. 30. h. t. ad Treutl. Vol. 2. D. 20. t. 6. l. A. Harpr. add. §. 30. Don. d. loc. Lyckl. à Nyeholt. lib. 7. membr. ecl. 5.*

Aph. 45. In hac quæstione: *an amissa possessione rei, bonæ fidei ædificatori actio aliqua pro impensis consequendis competat?* mirificè discrepantes sunt Dd. sententiæ: alij enim largiuntur eidem negotiorum gestorum actionem: nonnulli condictionem indebiti incerti sive possessionis quoad pretium solvatur; quidam etiam imploratione officij judicis eidem consulunt, uti videre esse apud *Dn. Ungep. Exerc. 6. q. 1. in Neg.* Plenius apud Illos quorum catalogum texit *Hillig. ad Don. lib. 20 c. 7. l. E.* Pleriq; autem cum quibus etiam noster transit autore Johanne Glossatore *ad h §. ex divers.* rationem juris secuti spretâ illâ, quam alij confingunt cerebrinâ æquitate, omnem amissâ rei possessione actionem ædificatori denegant rationibus & fundamentis quovis adamante solidioribus quæ possunt peti *ex l. 33. ff. de condict. indeb.* ubi nullo alio modo, quàm per retentionem impensas servari posse clarè dicitur *ex l. 14. ff. de dol. mal. & met. except.* quâ non aliâs sumtus consequi posse extruentem asseritur, quam si possederit oppositâ doli mali exceptione, *ex l. 48. ff. de R. V.* ubi peti impensæ negantur & servari easd. solùm conceditur & deniq; *ex l. 45. §. 1. ff. de action. empt.* quo loci propterea eo casu actio emti datur, quia propria pro impensis nulla est, sed tantùm exceptio: & his legibus quid dici fingive possit pro nostra sententia melius, mihi quidem non constat. Unam adhuc rationem superpondiò addemus sic colligendo: Omnis actio descendit vel ex dominio, aut alio quodam jure in re, aut ex obli-

ligatio-

ligatione aliqua firma §. 1. J. de act. ex eo nascitur realis, hinc personalis. De ea quia huc non pertinet, multa dicere supersedemus. Obligatio omnis est vel ex contractu, vel ex delicto *l. 1. ff. de obl. & act.* ex maleficio quemadmodo contrahatur obligatio perspicuè tradit. *l. 4. ff. d. t.* ex contractibus omnis oritur obligatio vel expresso consensu, vel tacito & legibus præsumto interveniente *arg. §. 1. J. de obl. qua ex quas contr. l. 46. ff de O. & A.* Præsumtio autem illa tunc locum habet, quando verosimile est agentē quid alterius nomine fecisse *d. §. 1.* Quaproptcr infallibiliter sequitur. Quicũq; neq; expressè neq; ex præsumtione sibi quē obligare voluit eid. actio nulla personalis competit: Sed verò b. f. possessor impēdens aliquid in rem alterius neutro modo dominũ sibi obligare discupit; non expressè, quia id actum non est: non etiam tacitè, quia sumtus facit tanquam in rem propriam & suo nomine, quod supponendum est, quandoquidem si alieno nomine quid impenderit, & nos gestorum negotiorum actionem tribuamus *l. 2. ff. de negot. gest.* quin & rem restituendo nullum negotium contrahitur, quoniam possessor nihil accipientis facit, sed suam rem dominus habere incipit *d. l. 33. ff. de Condict. indeb.* Nulla proinde tali b. f. possessori competit actio sed sola retentio *l. 14. §. 1. ff. Comm. divid.* neq; movent quæ pro adstruenda negotiorum gestorum actione à plerisq; afferuntur non *l. 5. C. de R. V. junct. l. 51. ff. de Condict. indeb.* quia *d. l. 5.* rectè *Donell. de loc.* explicat de exceptione *arg. l. 19. ff. de ll.* quoniam generalius loquendo etiã exceptione repetere dicimur, quà reus in exceptione est actor, & petit quæ sibi debentur *l. 1. C. de except. & præscript.* & tanto magis id admittendum, & ad casum possidentis lex ista referri poterit, quia ibid. agitur de jure quoq; tollendi impensas, ut proinde ædificatorem in possessione fuisse oporteat; & quidem de malæ fidei possessore, cui difficile est, ut remedio actionis subveniatur; & maximè, quia simpliciter ejus, quod m. f. possessor impendit rationem haberi posse negatur. Imò etiam propterea nihil iste tex. cõtra nos facit, quia agit de impensis necessarijs, quales nõ sunt quæ fiunt in ędificium alieno solo impositum. Non etiam obsistit *l. ult. §. 1. C. de R. V.* quia agit de eo qui nomine alieno, putà veri heredis solvit, eumq; sua solutione liberat, cui dari actionem negotiorũ gestorũ in aprico est ex *l. 3. C. de negot. gest. l. 65 ff de R. V.* at verò quod

solvi-

solvitur ab ædificante in alieno, id in dominum soli transit non tam à tradente, quam potius ab ipsa re jure soli *d. l. 33. ff. de Condict. indeb.* nec adversatur *l. 6. §. ult. ff. de negot. gest.* unde colligũt: Quod si prædoni actio aliqua ad impendia consequenda datur, multò certè magis b. f. possessori quandam concedi oportebit. Sed Resp. eũ textũ de impẽsis nomine alieno factis debere intelligi, siquidẽ etiam ad aliena negotia tanquam aliena accedere possumus ut ut maximè nostri lucri vel deprædandi causa faciamus. *Don. d. loc.* Reliqua leviora quæ hactenus nos adversum solent adduci confutata exhibet *Dn. Ungep. Ex. 6. q. 1. in Neg.* Pergimus ad alteram opinionem, quâ cum *Cujac. 10. Obs. 4. Hottom ad. l. 1. C. de Condict. indeb. Gilken. de impens. p. 2. c. 4. Dn. Franzkio Exerc. 4. q. 5.* quidam condictionem incerti bonæ fidei ædificatori rem non deductis impensis restituenti largiuntur, visuri quid eorum fundamentis & argumentis responderi possit. Quod prius verò quàm faciam9, præsupponimus ceu notorium & verissimum, Cõdictionis indebiti sive certi sive incerti effectum non esse ut solùm per aliquod temporis spatiũ rem condicentis faciat, sed ut eod. jure pristinus dominus eam possideat, quo prius, quàm à se abdicaverat, penes ipsũ fuerat *t. t. ff. de cond. indeb.* ut pinde mirari subeat qd in mentẽ venerit præcitatis Dd. aliàs non infimi subsellii nec doctrinæ vulgaris, dum possessionẽ per condictionẽ incerti tantisper condici posse tradunt, quoad impensarũ nomine satisfactum fuerit, sicubi nusquã vel minimũ ejusmodi momentaneæ & ad certũ tempus duraturæ retentionis per condictionẽ quæsitæ vestigiũ appareat: non certè *in l. 15. ff. 1. ff. de condict. indeb.* quò aliàs ceu ad anchorã sacram confugiunt: quia ibid. nihil aliud disponitur nisi condictione indebiti nonplus posse repeti, quã solutione & traditione fuerat translatũ, videl. si nummis propriis solutis dominiũ transiisset, idẽ ipsum restitui debere: sin alieni dati & consequenter sola eorũ possessio in alterũ collata fuerit, sufficere tunc si eadẽ ipsa illorũ possessio reddatur. Hinc verò quî quod ad certum usq; terminum possessio condici, eoq; finito restitui possit, inferatur, non video. Semel enim factâ restitutione, si nullo modo condicens reo obstrictus est, quod in condictione ceu ἀντιδόγμα... præsupponi debet, ex quo quæso capite possessionem reus sibi restitui postulabit? Fundamento igitur & fulcro dissentientiũ ita destructo in facili est inædificata argumẽta conquassare,

non

non enim juvat, quod condictio locum tunc habet, quando quis errore ductus tradens aliquid facit accipientis, ad quod actione conventus non tenebatur *l. 1. §. 1. l. 19. §. 1. ff. de Cond. indeb.* Bonæ fidei autem possessor ad impensas actione conventus non teneatur *l. 48. ff. de R. V.* & tamen eosdẽ efficiat accipientis. E. Resp. namq; ex *l. 33. ff. de Cond. indeb.* negando, quod non deducens impensas b. fid. possessor aliquid accipientis faciat, cùm dominus saltim rem suam habere incipiat. non mov. quòd naturali non conveniat æquitati quempiã cum alterius injuria & jactura locupletari *l. 14. ff. de Cond. indeb.* quemadmodum hoc loco dominus ditesceret cum b. fid. possessoris incõmodo & damno. Resp. 1. æquiores non oportere nos esse ipsis legibus, quæ uti superiora arguunt actionem hoc casu nullam concessere, fortè quod sic omnibus qui impensas fecerunt, vix consulatur. cùm possessione sua etiam citra ultroneam restitutionem quis possit multis modis cadere. Sed nec 2. injuria aut damno id fit b. f. possessoris, quia juris executio injuriam non habet *l. 13. §. 1. ff. de injur.* & damnũ non videtur dare, qui suo jure, uti hîc dominus rem suam recipiendo, utitur *l. 55. ff. de R. Jud.* malè quoq; pro contraria adducitur *l. 40. §. 1. de Cond. indeb.* quia uti *inf. Diss. 10. aphor. 102.* dicemus, fideicõmissi dominium non nisi per inductionem in possessionem à fideicõmissario adquiritur *l. 3. pr. ff. si ususfr. pet.* & per consequens *d. loc.* in rem non alienam, sed suam impensas fecit restituens, qui casus à nostro est alienus. Postremò falsa quoq; eorum est opinio, qui pro consequendis impendiis implorationem officii judicis b. fid. possessori tribuunt, siquidem & hæc semper aliquam præsupponit æquitatem *l. 4. ff. de eo quod cert. loc.* quam hoc in casu deficere argumento est *l. 33. & l. 51. ff. de condict. indeb.* quippe nec condictio denegaretur si æquum & bonũ id suaderet *l. 66. ff. d. t.* Nimium igitur quantum *Wesenb. ad §. ex diverso Gædd. in l. 79. ff. de V. S. Treutl. Vol. 1. Diss. 14. th. fin lit. D.* abutuntur textibus *in l. 49. §. 1. ff. de act. emt. l. 38. ff. de petit. hered. & l. 48. ff. de R. V.* dum exceptioni officium judicis in didem opponi, & negatâ exceptione officium tamen judicis implorari posse existimant, cùm evidentissimũ sit, ubiq; locorũ agi de officio Judicis non nobili, sed mercenario, quod subservit actioni ordinariæ, cui exceptio doli inest, ita ut possessor etiam omissa exceptione adhuc tamen propter insertã formulæ præscriptæ verba.

ba: *quantũ æquius melius*; petere possit, ut sibi impensæ restituantur. Et neutiquã verũ est, quòd denegata exceptione apud Prætorem judex datus nihilominus omissi rationem habere potuerit, quoniã ut antiquitatum, quà pcessũ judiciariũ, tradunt fidi thesaurarii judex prorsus nihil peragere poterat, nisi quatenus in jure à Prætore erat permissum formulâ præscriptâ. Hoc è converso propiùs veri fidem est, multa apud Prætorem in jure proponi potuisse, quorum omissorum Judex rationem habere non valuit, quo de *infra Diss.18*.

Aphor.46. tàm malæ quàm b.f.] Utrobiq; enim ead. militat æquitatis regula *l.14.ff. de Cond. indeb.* scil. q nemo cum alterius damno debeat locupletari, quam immutare non poterit fides possessoris mala; quippe cum deductio impensarũ tribuatur causæ, qua rẽ alienã suis sumtib. quis salvã præstitit *l.5.& seq. ff. qui pot. in pign. l.1. l.14. ff. de imp. in res dot.* non personæ nec officit q donare videatur qui malâ fide in rem alienã quid impendit *arg. l.37. ff. de R.V.* quia id non sua sponte sed necessitate quadam coactus fecit m. f. possessor, quo casu liberalis quis non præsumitur *l.18. ff. de adim. legat. l.39. ff. de donat.* nec culpa ulla m. f. possessori imputari poterit *l.15.§.1. ff. R.V.* cùm potiùs culpã eas ñ faciendo commisisset *l.36.§.1 ff. eod.* Quo ad utiles impensas nihil certi statui posse videtur, cùm variè res tam ex persona petitoris, quàm ex causa aliqua extra conditionẽ personæ æstimetur, boniq; judicis arbitrio plurimũ cõmittatur *l.38. ff. de R.V.* ut late & scitè explicant *Donell. lib.20. Com c.7. Dn. Franzk. Ex.4. q.6.* quorum scrinia compilare nolo. Duo præterea hìc declaranda veniunt. 1. Cur mitiùs agatur cum possessore in universali judicio sive petitione hereditatis, quàm in singulari rei vindicatione. 2. quomodo re etiã deperdita possessor exceptione se tueri valeat? Istius rationes possunt dari & afferri bene multæ, *tum* quia qui heres est, non protinus rei petitæ dominus existit, sicubi fragilimo nitatur titulo, petendo hereditatem, cùm satis sit probare se heredẽ, & res quas petit, fuisse penes defunctũ, etiãsi alienæ fuerint *l.19. ff. de hered. petit.* ut proinde mirũ non sit, donationẽ illã quã urget heres, duplicando à possessore nullo negotio posse elidi: *tum* quia heres venit ad lucrũ adventitiũ: *tum* quia hereditatis petitio ratione præstationum personali, bonæ fidei judicium imitatur §. 28. *J. de act.* plura j. *Diss.17. aph.37.* *tum* deniq; quia possessor de fructi-

bus

bus quoq; bona fide consumptis, quousq; ex illis locupletior factus est *l. 20. §. 6. l. 25. §. 11. de hered. petit.* tenetur & propterea æquum est ut hoc illi vice mutua cedat. *Donell.* Ast verò hæc omnia secus se habent in singulari rei vindicatione per *jura vulgata.* Alterum elustrandum est, quomodo re etiam non extante possessor nihilominus exceptione se defendere possit. cùm tamen videatur absonum re & causâ actionis non existente, exceptionem possessori aliquam accommodare. Facilè autem plicas hasce omnes adhibito προσδιορισμῷ inter vindicationem singularem & universalem disciderìs. Etenim si res fuerit singularis in quā possessor aliquid impēdit, istaq; jam perierit, tum uti vindicari talis haut potest, ita nec bonæ fidei possessor impensas suas deducet: At verò si sumtus fecerit possessor in rem quandam hereditariam, eaq; interierit; tunc cùm petitio hereditatis instituitur, retentione cæterarum rerum hereditariarū sumtus factos b. f. possessor consequi poterit. Nā licèt res cæteræ hereditariæ sint aliæ & diversæ ab illa, quæ periit, omnes tamē unius sūt hereditatis *l 4. l. 9. & seq. ff. de petit. hered.*

Aph. 47 Quia sæpiusculè sensu & effectu diverso usurpantur phrases illæ: *impensas tollere*: *impensas deducere*: è re fuerit utriusq; discrimen plenius ostendere. *Deducere* igitur *impensas*, est, jure exceptionis tam diu rem, quæ petitur, detinere, & condemnationē excludere quoad impensarum nomine sibi satisfiat. Et hoc remedium pinguius est, quam si tollere duntaxat liceat. Etenim qui tollit, nullum jus habet retinendi rem aut excipiendi contra reū, sed solùm quod impendit suo jure salvâ re permanente, aufert, si cubi impensæ, quatenus tolli possunt, revera adjunctum rei non sunt, sed videntur potius manere ejus, qui fecit easd. sicut novimus ædificium mobile solo impositum eidem non cedere *l. 60. ff. de A. R. D.* Et hæc ipsa causa est, cur, ut *hic & præc. aph.* innuit, nullo casu m. f. possessori impēsas ceu rem suam tollere prohibitum sit, pluribus autem casibus deducere eid. non liceat. Unum præterea monendum, nimirum *Goedd. in l. 76. §. ult. n. 3.* per quam durè & detortè *l. 39. §. fin. ff. de R. V.* prose, dum b. f. possessori nullo casu voluptuarias deducere impensas permittit, ita explicare, ut vers. *ut tamen*: referat ad illa remotiora: *Si modo b. f. possessores simus*: quoniam non modò inconcinnum illud est, & verbis perspicuis planè contrarium, quatenus numero plurali *b. f. possessores* contra regulas Grāmaticorū subjiceretur pronomen

sin-

singulare: *ut eidem permittatur*: verùm etiam sequeretur, quod una eademq; l. se ipsam destrueret & §. 1. corrigeretur per *vers. ult.* cùm tamen corerectionis nullum ne minimũ conspiciatur vestigiũ. Sed nec Donelli ratio, quà nullo casu deductionẽ admittit, quicquã concludit. Ita nãq; idè colligit: Omnis deductio impensarũ nascitur ex ea causa, si petitor ex ijs reddatur locupletior, & cũ dãmo possessoris quippiã teneat *l. 38. ff. de R. V.* At hæc causa cessat in voluptuarijs impẽsis, quippe quæ speciẽ duntaxat ornãt nõ etiam fructum augent uti dicitur *in l. 29. §. ult. ff. de V. S.* Resp. enim, ut ut tales impensæ non augeant fructum, rei tamen ipsius æstimationem intendere, ut dominus eam non refusis impensis accipiendo omninò locupletior reddatur, siquidem impensæ tales rem efficiant longè pretiosiorem *d. l. 38. pr. ff. de R. V. l. 3. §. 4. ff. in rem vers.* Vide de impensis ex recentiorib. variè sentientes *Bachov. ad Tr. V. 1. D. 14. t. ult. l. D. & E. Vol. 2. Disp. 20. t. 6. l. B. & ad §. ex diverso J. h. t. Dn. Franzk. Ex. 4. q. 6. Dn. Ungep. Ex. 6. q. 1. 2. 3. & 4. Harpr. ad d. §. ex diverso. M. Lyck. à Nyeh. lib 7. membr. ecl. 4. & 6.*

Aph. 48. Pergit noster cum Justiniano in tractatu adquisitionis per accessionem ex facto hominis, superiùs ex *§. 30. & seqq.* adstructam regulam: *superimposita cedunt inferioribus*: confirmando exemplo scripturæ quæ chartæ accedit; simulq; addendo exceptionem in pictura, quæ ob artis pictoriæ dignitatem, qua de consule *Plin. lib. 35. histor. nat. c. 1. 4. & 10.* tabulam ad se rapiat, harum namq; rerum uti dicitur *in l. 14. ff. de V. S.* pretium non in substantia, sed in arte positum est. Neq; in contrarium quicquã facit vel autoritas Caij cùm *tit. 1. lib. 2. Inst. §. 4.* ita disertè tradit: *Quod & de tabula hoc est si aliquis in tabula mea picturã fecerit, observatur, quia statutum est, ut tabula picturæ cedat*: quoniam quid de isto Cajo habendum & sentiendum sit jam *sup. Disp. 2. aph. 36.* diximus: vel etiam sententia Pauli *in l. 23. §. 3. in fi. ff. de R. V.* cùm quasi è diametro contrarium adstruit: quia textu penitiùs introspecto & exactius librato, idem planè nobiscum statuit ut ex dicendis evadet lucidissimum. Etenim licèt *Baro, Bachov.* & alij recentiorum *ad §. 35.* expressam hîc admittant antinomiam, cõtendentes, nugas agere eos Dd. nimisq; charta & operâ abuti, qui apertissimè & adversis frontibus pugnantia conciliare nituntur; & insuper conciliationum recensitarum novem unam alterâ pejorem vocitet *Dn. Ungep. Ex. 5. q. 10. in Ajo.* nec non deniq; allatis

 aliis

alijs septem aliorum antiquiorum ac recentiorum Dd. opinionibus, tandem & ipse judicandum relinquat *Nicol. de Passer. in conciliat. leg. p. 155.* non tamen dubitaverim, quin ingeniosâ & acri judicio excogitatâ conciliatione *Julij Pacij*, quam *Cent. 3. ἐναντιοφ. q. 43.* proponit, dissidium hoc optimè componi possit. Ita v. *d. l. 23. §. 3.* pro nobis iste resolvit: Primùm Paulus proponit regulam: *scripturam cedere chartæ, & picturam cedere tabulæ.* Mox hanc sententiam corrigit, quantum ad picturam, & ait, *licet de pictura quidam contrà senserint.* Ubi notandum est: particulam: *licet*: esse notam correctionis, & intelligendũ probari eorũ sententiam, qui de pictura contra senserunt hoc est qui existimarunt picturam tabulæ non cedere. Cui interpretationi non repugnant sequentia verba Pauli, imò pulcre consentiunt. Subdit enim Paulus: *Sed necesse est* &c. quorum verborum hic est sensus: licèt ea sententia vera sit, ꝙ pictura non cedat tabulæ, tamen id est speciale, & præter regulam juris. nihil ominus autem generalis regula tenenda est, quæ in alijs casibus observabitur: nec evertitur ex eo, quod diximus de pictura, quandoquidem exceptio non evertit regulam, sed confirmat in casibus non exceptis. Quare non obstante ea exceptione de pictura, Paulꝰ ait retinendam esse regulam generalem, nimirum id ꝙ sine alia re esse non potest, ei rei cedere debere. *Hactenus Pacius.* Cui frustra se opponit *Bathov. d. loc.* ut in disceptatione ostendemus. Non deniq; obsistit *l. 19. §. 20. ff. de aur. & arg. leg.* ubi gemmæ licèt preciosiores sint vasis aureis & argenteis, eisd. tamen cedere dicuntur. Resp. 1. diversum esse p̃tiũ quod in substantia & natura est positũ, ab eo quod in arte subsistit *d. l. 14. ff. de V. S.* 2. nec putarim ob pretium picturæ id ita esse dispositum, ne alioquin etiam commentarij viri alicujus summatis, quia chartarum pretium longissimo intervallo superat, chartam ad sese pertrahant, aut purpura nobilissima vestimentum cui intexitur ad se rapiat contra *§. 27. J. h. t.* sed solus favor & dignitas præcellens artis pictoriæ hanc dispositionem meruit, quod idem de gemmis doceri haut poterit.

Aph. 51. Ut ex canone & regula: *forma dat esse rei*: dominium Jure Gent. acquiratur, necesse est, ut forma illa non sit accidentaria & nuda extrinseca figura, quæ non modò potentiâ proximâ sit in materia, sed & citra aliquod damnum grave speciem ad rudem materiã redigi ferat; sed ut sit vera, omninò nova, nec patia-

tur.

tur ad sua initia speciem factã reduci: aliàs enim ex eo, quòd materia non penitus mutata, sed leviter solùm inflexa sit, adeoq; ad sese reverti facilè queat, videmus non in paucis casibus materiam secum ipsam formã trahere, ut pro regula sit tenendum: Ubi major est materiæ ratio, ibi res materiæ domino acquiritur: cæterùm si dignior & præstantior extiterit forma, tum dominus ejus est, qui formam indidit. Sic v. g. cum Phidias aliquis ex alieno rudi lapide insignem finxerit statuam, adeò certè novã speciem efficit, ut nec forma nec materia ejus prius in rerum natura fuisse videatur: & ex ea ipsa ratione, quia res, ut ait Paulus *in l. 3. §. 21. ff. de adquir. vel amitt. poss.* prius in rerum natura non erat, fabricanti, ceu res nullius jure quodammodo occupationis, ut cum Autore loquamur, acquiritur. At verò si citra magnũ laborem aut operã ex ære meo aut argento scyphus fuerit conflatus, adeoq; materia eadem permanens citra magnã jacturã ad pristinam formã reduci potis sit, tunc materia formã potentiore existente *l. 78. §. illud in fin. de leg 3.* jure accessionis ego dominus efficior §. *25. h. t. l. 24. ff. de A. R. D.* quæ haut dubie rectius affirmativè legitur. Et hoc distinctionis fœdere, facilimè & optimè conciliaverimus *l. 26. ff. de A. R. D. & l. 61. ff. de R. V.* prima fronte valdè pugnantes, dicendo: Eo casu quo fabricanti navim ex alienis lignis dicitur eadem adquiri, supponendã esse materiã à forma navis longissimè remotã, puta ligna rudia ex alienis sylvis cæsa, quibus asciando, dolando & combinando aliam & planè novam imposuit fabricator formam: Illo autem casu, quo materiæ dicitur accedere dominiũ, tabulas jam fuisse navi faciendæ destinatas, ac proinde istam formam jam potentiã proximã in illis fuisse, nec demũ operã fabricatoris in easd. inductã: Et hanc viam nobis duob. tribus verbis monstravit ingeniosissimus JCtus *Franzk. Exer. 4. q. 4. n. 9.* Pluri farias aliorum conciliationes suppeditant *Hillig. ad Don. 4. Com. cap. 12. lit. C Marc. Lyckl. à Nyeh 7. memb. 3. Bachov ad Tr. Vol. 2. Disp 20. th. 7. lit. a. & b. Dn. Ungep. Exerc. 4. q 8 in Ajo. Harpr. ad §. 25. Inst h t. n. 10. Bronchorst. Cent. 3. assert. 79.*

Aphor. 53. Cum eo, quòd arbores efficiantur illius, in cujus fundo radices egerunt, duo videntur pugnare 1. *l. ult pr. ff. quod vi aut clam.* ubi radices non pro fundamento, sed accessionum vice habentur 2. *l. 6. § 2. ff arbor. furt. cas.* ubi habetur quod licet arbor alatur radicibus ex fundo vicini, ejus tamen sit, in cu-

jus

jus fundo ejus origo fuit. Sed neutrum movet non 1. quia ibid. agitur de vite in alienum fundũ delapsa, quæq; ibi coaluit, de qua convenienter *h.* §. 32. respondetur, ejus esse cujus in fundo coaluit. Radices autem illæ relictæ in altero solo abusivè tales dicuntur, quippe quæ fuerunt antequam in illo fundo radices egisset, ideoq; jam cedunt viti non tanquam radices, sed velut accessiones. non etiam 2. quia Justinianum *in* §. 32. intelligimus meritò de radicibus universis & omnibus in vicini fundum immissis, quà per illas dominium mutari debet: idq; elicimus inde quod hunc casum alteri, quo ex parte solùm in fundum confinem radices immissæ sunt, opponit, eundemq; communem fieri statuit. JCtus a. Pomponius de minore duntaxat parte radicum, quas projiciat arbor in fundũ vicini, loqui videtur. Vel etiam dicere possumus: Radices quidem in fundo alicujus manere, & tamen ex fundo vicino succũ & alimentũ trahere posse: sed verò in dominii mutatione attendi in cujus fundo radices habeat *d.* §. 32.

Aphor 56. & 57. Absentimus in hac materia fructuũ Sutholto ut & plerisq; aliis Dd. persuasum nobis habentes invictissimis rationib. demonstratũ dari posse: quòd b. f. possessor omnes fructus tam naturales, quàm industriales percipiendò & consumendò irrevocabiliter suos faciat, ita tamen ut si locupletior fuerit factus omnes tam industriales quàm naturales restituere cogatur. Sed ne quæstiones reverâ separatas confundentes rem ipsam, quàm est, intricatiorem faciamus: 1. docebimus *b f. possidentem omnes fructus percipiendo suos facere:* deinde posteà *locupletiorem ex consumtione factum omnes restituere teneri.* Prioris quæstionis decisionem adamantinis radicibus fundatam credimus *in l. 48 ff. de A R.D.* trib. potissimùm de rationibus: *Primo* propter dictionem taxativam TANTUM, cujus si negativè, ut hoc loco, ponitur, ea vis est juxta Dd. tradita, ut non tantùm id quod positum est, affirmet, sed & aliud quiddã quod minùs videbatur inesse, & de quo majus erat dubium, implicet. Etenim ut videmus, de fructibus quidem industrialib. expresè Paulus asserit, quod b. f. possessori adquirantur. At verò, quia major suberat de naturalib. fructibus dubitatio, an & hi b. f. poss. fieri debeant: idcirco JCtus ut hunc quoq; casum priori cui minus inesse videbatur, implicaret, idemq; juris utrinq; constitueret, dicit: *non tantum* eos, qui diligentiâ & operâ ejus provenerunt, *sed omnes* &c. quæ vox generalis il-

altee

alteram subministrat argumentum dum ICtus non distingvit inter fructus naturales & industriales quoad b f.possess.sed eid.adjudicat non eos solum fructus, qui diligentiâ & operâ ejus proveniunt, sed in universum *OMNES*: ut perperã *Diss.h.l.*ad solos industriales restringant, moti vocabulo *Ejus*, quod aliàs redundare autumant: quoniã ICtus d.loco ad personas operãtes nequaquam respicit ut eorum intuitu jus redderet, sed de materia subjecta sc. de quibus erat quæstio instituta, edicit b.f.possessorem acquirere fructus nõ tantùm qui sibi revera sint industriales quales sũt qui diligentia & opera ejus proveniũt; sed omnes, sive revera sint naturales sive b.f.poss.sint instar naturalium, quales sunt fructus aliena operâ curati, quippe qui non ex facto illius nascũtur, uti per oppositionem negativè definit naturales Pomponius *in l.45.ff.de Usur.* Aliàs enim si personas ipsas respexisset ICtus, satius utiq; fecisset, si ad exprimendos fructus industriales usus fuisset non oratione illa generali: *omnes*: sed ea: *etiam alterius*, quia qui operâ alterius proveniunt non omnes sunt fructꝰ sed aliqui tantum. *Tertiò* Ita *ex d.l.48* pro nostra causa infero. Fructuum genera duo sunt quæ sibi invicem opponuntur. Aut enim proveniũt emtoris operâ, aut sine ea. Horum autem duæ rursus sunt species: alij enim generantur operâ alterius hominis: alij verò solâ naturâ. Quapropter cùm particula taxativa *TANTUM* implicet totum oppositũ eorum fructuum, qui non emtoris operâ proveniunt, non certè poterit citra falsi crimen pars una duntaxat oppositi, illi scil. fructus, qui alterius cura producuntur, pro toto opposito substerni. *Quartum* nostrum argumentum sit: Ubi eadem est adquisitionis causa, ibi debet idem adesse effectꝰ *arg.l.32.ff.ad L.Aquil.* Sed quæ est causa, quòd b.f.poss.fructus alienâ operâ procreatos suos efficiat? anne factum proprium: ita quidem videtur sentire ICtus *in d.l.45.* Non certè. Ergone bona fides, quà præsumtivè domini loco habetur? Ita omninò. Quidni igitur ex ead. causa naturales adquirere debeat? *Quintò ex l.25.§.1.ff de usur.* talem necto conclusionem. Bonæ fidei possessori idem juris in fructibus percipiendis tribuitur, quod habet dominus, & tantundem bona fides præstat possidenti, quantum ipsa veritas domino *l.136.ff de R.J.* At virtute dominij industriales non solùm, verùm etiam naturales adquirimus. E. eosd. quoq; vi b.f. Nam ut ut Diss. largiamur non per omnia b.f. possessorem cum domino posse comparari: nobis tamen sufficit, si quoad jus percipiendorum fru-

ctuum ad paria judicentur, uti patet ex *d.l.25.§.1.* neq; prædictam collationem impedit, ut existimat *Gœhausf part.1 per.7.q.50.* quod non nisi consumtione irrevocabiliter suos faciat fructus b.f. possessor, cum domini sint statim ubi nascūtur pleno jure: quoniam omninò separanda est perceptio fructuum ab effectu perceptionis. In percipiendis enim fructibus idem utriq; quidem jus competit: non autem idē effectus, quandoquidem dominus, etsi locupletior fiat ex fructibus, eosd non restituit ad quod tamen b.f. possidentem obstrictum esse i; demonstrabimus. *Sextò* ex ead. l. ita cum *Dn. Franzk.* colligo; Quicunq; habet jus soli, is percipit fructus in eo natos: Ratio, quia fructus percipiuntur jure soli *d.l.25.§.1.* Sed b. f. possessor habet jus soli, possidet enim tanquam suum. E. quicquid fructuum nomine venit b.f. possessor sibi acquirit. Hoc dato, pergo concludendo. Si quicquid in fructu est jure soli ita pertinet ad b.f. possidentem, ut ipsius statim fiat: Sequitur, quod etiam fructus naturales statim sola separatione istius efficiantur. Ratio consequentiæ est, quia naturales fructus vel maximè sunt in fructu. Sed prius est verum non modò per *d.l.25.§.1.* sed apertiùs per *l.4.§.19.ff.de Usucap.l.48.§.6.ff de furt d.l.48.§ fin.ff.de A.R.D.* E. etiam posterius. Hisce non obstat 1. *§.36. J. de R. D. verbis: pro cultura & cura*: quia Resp. 1. Committi fallaciam causæ ut causæ non causæ: Siquidem perceptionis causa finalis & principalis non est cura & cultura hominum, sed duntaxat impulsiva, quæ potest cessare subsistente nihilominus dispositione, exemplo *l.1.§.5 ff.de postul. sup.Diss.1.aph.16.* vera autem ratio est, quòd b. f. possessor domini penè loco sit *l.48. ff.de A.R.D.* aliàs enim si solùm cura & cultura attenderetur, & non potius dominium præsumtum, unde fructus ab alio satos, quos ipse sanè non coluit nec curavit b.f. possessor adquireret? *d.L.25.§.1. de Usuc.* aut cur non etiam m. f. possessor propter curam & industriam suos faceret fructus industriales, contra quam disponitur *in l.22. C.de R.V.l.33 ff.eod d.l.25.pr.de usur.* aut quomodo corporis magis jus, quam seminis, ex quo oritur, attenderetur? uti dicitur *in d.l.25.in pr.* 2. Dici potest verbum *culturæ* ad industriales, *curæ* autem ad naturales referendum esse propterea, quòd nec naturales fructus omni cura & cultura destituantur, sicuti ovium fœtus haut dubiè sunt fructus naturales *arg.§.38. J.h.t. & arg.l.pen.in fi.ff.de pecul.* ubi fructibus industrialibus fœtus pecudum opponuntur. Nam si hi quoq; fructus essent industriales, quemadmodum

con

contendit *Dn. Ungep. Ex. 5, q. 11. in Neg.* & *Gœbaus. d. q. 50.* tunc utiq; propter intervenientem servi (cujus peculium legatum erat) curam ad servum, non legatarium isti pertinerent contra expressa verba *d. l. pen. sive quid ex operis.* Atqui tamen & fœtus ex ovibus & pecoribꝰ curari dicuntur *l. 7. §. 9 solut. matr.* & pecorum cura agi *l 9. §. 5. ff. de reb. author. jud poss.* Quocirca admodùm debile hoc est Diss. argumentũ. Fructus qui operam & factum hominis desiderant non naturales sed industriales magè dicuntur. Sed ipsa quoq; animalia nisi pascantur & colantur fructum non ferunt. E. Conclusio enim est contra apertum & evidentem Juris textum *d. l. pen.* Alterutra igitur præmissarum erit falsa. Assumtum ceu verissimum plenâ manu damus, E. major erit nulla, & consequenter neq; à naturalium fructuum natura fuerit alienum ut cura aliqua hominis interveniat modò in producendis iisd. non potissimas partes obtineat; aliàs enim cur non etiam pyra & poma quæ sunt naturales fructus indubitatò *arg. l. 45 ff. de Usur.* propterea, quòd arbores curari perhibentur *l 3 pr. ff. de impens. in res dot fact.* fructibus industrialibus annumeremus. Non etiam movet jam sæpius allegata *l. 45 ff. de Usur.* quæ Dd. ingenia valde exercuit, ut ex iis quæ scripsere *Pac. Cent. 5. q. 45. Nicol. de passer. ad d. l. 45. Vult. 1. Disceptat. Schol. ast. c. 20. Dn. Arum. Exer. Just. 4. th. 19. Dn. Riem. Dec. 4. q. 4. Dn. Franck Exerc. 4. q. 7. Dn. Ungep. Exerc 5 q. 11. Gœb part. 1 per. 7. q. 50. & seq. Donell. 4. Com. c. 25. & tr. de fruct. c. 4. Hunn lib. 2. Var. Res. tr. 1 q. 32. Umm. Disp. de proc. 21. th. 3. n. 21. Bach. ad §. 36. J. h t. & Harpr. ibid.* licet colligere: Resp. namq; ad eam cum communi Dd. schola, verba illa: *sicut nec cujuslibet b. f. possessoris*: non collectivè & universaliter de omni omninò b. f. poss. accipienda esse, sed distributivè & particulariter de eo cui lex impedimento sit, quominus omnes fructus adquirat *l. 136. ff. de R. J.* cujusmodi sunt, qui non animo & opinione domini possident, sed pro alieno, bona tamen fide & justè, veluti creditor, qui pignus possidet *l. 13. §. 1. ff. de Publ. in rem act. l. 22. §. 1. ff. de noxal. act.* & sequester *l. 39 ff. de adquir. poss.* & *l. 17. §. 1. ff. depos.* aut qui possidet pro suo. Talis namq; quia existimat se habere causam, quam tamen reverà non habet, est in bona fide *l. 3. & l. fin. ff. pro suo.* possidet tamen absq; titulo: ut ita *in h. l. 45.* habeatur exceptio à regula *l. 48. ff. de A. R. D.* Negatio enim signo universali præposita facit propositionem particulariter

 negan-

negantem, ut in illa: *non cuivis homini contingit adire Corinthum.* nec obest, quod *Dn. Ungep. & Gaeb.* regerant: id non admitti, quando negationem procedit prohibitio *l. fin. C. de jurisd. omn. jud.* quia ut ut hoc in *d. l.* facilè largiamur idem tamen ubiq; non obtinet *arg. l. 6. pr. ff. de contrah. emt.* ubi illa verba: *nec cujus cumq;* explicantur per: *non omnium in l. 34. §. 1. eod. tit. adde Goedd. ad l. 119. ff. de V. S. & Tim. Fabr. Disp. 4. § 5.* Proinde satis est ad destruendam universalitatẽ majoris, si vel unum exemplum dederimus. Semper enim à particulari Diss. colligent: Nonnunquam negatio universali signo praeposita facit universalem E. etiam hac nostro casu. Quod facilè enervatur ex eo, quòd in duobio lex ita sit interpretanda, ut vitio careat *l. 19. ff. de LL.* nec movent reliquae *Gothusij* instantiae, non 1. quòd hoc modo ICtus ipse à particulari adeoq; vitiosè concluderet Resp. enim ICtum non argumentari à genere ad speciem, sed comparativè à simili, ita: Quẽadmodum ille b. f. possessor cui lex impedimento est, non adquirit fructus naturales, ita nec vir aut uxor ex re donata. Id quod ita evidentius demonstro: Si de omnibus b. f. possessoribus intelligendus ibid. esset Pomponius, sequeretur, quod nec ab alio satos fructus ullus b. f. possessor perciperet ex ratione *in d. l. 45.* subjecta: quia istos duntaxat viro & uxori, ut & his similib. b. f. possessoribus attribuit fructus, qui ex proprio facto nascuntur. Sed falsum est posterius *per d. l. 25. §. 1. de Usur.* E. etiam prius. non etiam resistit, quod si donatarium cum eo cui lex impedimento est, conferamus, sequatur, etiam illum esse m. f. possessorem Resp. Utiq; concedi id posse restrictè quatenus nimir. viro & uxori lex impedimento est quoad fructus naturales, & ipsam donationem quae nulla est *l. 5. §. ult. l. 6. l. 19. & l. 25. ff. de donat. int. vir. & uxor.* non autem quoad fructus industriales, quos lex adquirere non impedit *l. 17. ff. d. t.* non movet 3. quod ratio in fin. *d. l. 45.* addita *quia non ex facto ejus is fructus nascitur;* generaliter in omni b. f. possessore concludat, sicubi ex nullius facto naturales fructus nascantur, ac consequenter nec ullius fieri debeant b. f. possessoris. Resp. 1. negando consequentiam. Non enim sequitur: nullus b. f. possessor ex proprio facto naturales fructus producit. E. neq; eosd. acquirere debet: cùm non factum proprium sed b. f. causam istius adquisitionis esse multis probaverimus. 2. Imò quomodo haec ipsa ratio nostram potius propugnet sententiam in anterioribus abundè evictum praestitimus. Deniq; non adversatur, quod ICtus sic idem

per

per idem probaret, hoc modo: *Fructus naturalis non fit ejus*: intellige quando lex impedimento: *sicut nec cujuslibet b.f. possessoris*: iterum intellige: quando lex impedimento est. Resp. enim ita nequaquam instituí collectionem sed hoc potius modo. Fructus naturalis non fit uxoris sicut nec ullius b.f. possessoris, cui lex impedimento est: ratio est quia & uxori lex impedimento est: atq; ita propter identitatem rationis uxorem cum b f. possessore comparat. Sola igitur perceptione & separatione fructus omnes suos facit b.f possessor, sed tamen *interim*. hoc est revocabiliter ut re evictâ supervenieti domino eosd. & quidem omnes quotquot extiterint restituat. Cæterùm si non percepit modò b.f.poss. fructus, sed etiam consumsit, tunc æquitas summa postulat ad eorum æstimationem restituendam non teneri, uti solidissimè ad oculum demonstrat *Bach. ad Tr. V. 1. D. 15. th. 11. l. D. & Dn Franzk. Ex. 4. q. 8.* nisi fortè ex ista consumtione locupletior factus fuerit. Eo namq; casu ad omnium, adeoq; etiam industrialium restitutionem b.f. poss. obligatum esse contra Autorem nostrũ *Bach. ad § si quis à nõ domino J. b. t. n. 4. Dn. Franzk. Ex. 4. q. 9. Donell. 4. Com. c. 25.* salvo tamen cujusvis rectius sentientium judicio, sic ostendimus I. Hæc nostra assertio tantum non διαῤῥήδην exprimitur *in l. 25. § 11. ff. & l. 1. C. de hered. petit.* cùm b.f. possessores in id, quo locupletiores facti sunt, conveniri dicuntur. Nec putandum est id solùm in universali judicio obtinere, secus autem esse in singulari: quoniam ratio, quâ munitur hereditatis petitio ex Scto, nim. ne possessor cum alterius detrimento repugnante naturali æquitate, lucrum nanciscatur *arg. l. 55. ff. de hered. petit.* etiam in particulari rei vindicatione locum invenit, & quoad fructuum restitutionem hæc duo judicia à Justiniano sunt æquiparata *§. 2. vers. & si hæreditas J. de offic. Jud.* ac ab uno ad alterum bene colligitur *l. 27. § 3. ff. de R. I.* Regerit quidem *Dn. Franzk. n. 13.* causam restitutionis hodiè non esse locupletationem, sed augmentationem, quæ tamen non nisi in quantũ locupletior fuerit factus possessor, propter bonam fidem æstimatur: Verùm si liberè judicare permissum est, certè infirma hæc est machina, dum nemo nõ videt, ideò quòd augmentatio non æstimatur, nisi interveniente locupletatione, non augmentationem sed locupletationem in causa esse, ut fructus ibid. restituantur. II. Tali modo pro nobis concludimus: Fructus consumti, ex quibus locupletior b. f. possessor factus est reputantur pro extantibus. Vix enim est, ut consumtum videatur id,

 quod

quod b. f. possessorem locupletavit, tanquam quod in corpus patrimonij versum est *l. 71. & l. 72. de leg. 2.* Atqui fructus extantes restitui debere etiam ex mente Diss. *vid. Dn Franzk. d Exer. q. 8.* supponimus. E Excipit hîc quidem *Dn. Franzk. n. 15. I. in d l. 72.* agi de hereditate restituenda *arg. l. 70. §. fin eod.* in qua cùm non corpora, sed universitas spectetur, & augmentum recipiatur, id quod cōsumtum est, videri adhuc extare. At verò resp. ex *l. 23 ff de adim. vel transf leg.* ubi de fidei commisso singulari præstando agitur, & tamen nihilo secius idem deciditur. II. Excipit *n. 14.* Si in judicio singulari fructus consumti propter locupletationem habentur pro extantibus uti in petitione hereditatis; sequitur etiam rei vindicationem, quâ peti deberent, esse mixtam actionem, & continere præstationes personales, quod est absurdum. Ad quod Resp. negando consequentiam, quoniam in hoc differunt judicia universalia à particularibus, quòd in ijs omnes accessiones eadem actione petantur, quâ res ipsa: in his non item. *Dn. Ungep. Ex. 5. p. 12. in Aj.* sed petantur vel condictione sine causa, quia adquisitorum fructuum causa redigitur ad non justam *arg. l. 14. ff. de Cond. Indeb. junct. l. 1. §. fin. ff. de Cond. sin. caus.* Nam quamvis *Dn. Franzk. n. 2.* neget eam competere, inde, quòd condictio de fructibus consumtis tantùm contra m. f. possessorem concedatur *l. 3. C. de Condict. ex leg.* hactenus tamen adsentiri non possumus, *tum* quia exclusiva illa particula *tantum* in ll. nusquam apparet: *tum* quia res extantes omninò condicuntur *l. 2. C. de cond. ob caus. dat. l 31. in fin. ff. depos.* pro quibus fructus ita consumtos haberi jam antea diximus: vel etiam officio Judicis *arg. l. 4 ff de eo quod cert. loc. junct. l. 206. ff. de R. J. & l. 14. ff de condict. indeb.* Nam quod cum Donello *Dn. Franzk. n. 2.* excipit, id cessare in accessionibus remota principali actione, id nondum nobis liquet ex adductis *l. 8. & l. ult. ff. de eo quod cert. loc.* quæ non de implorato Judicis officio nobili, sed de actione arbitraria, in quam arbitrium Judicis venit, loquuntur, & volunt, idem arbitrium cessare vel ratione personæ, ut fidejussoris *d. l. 8 ff de eo quod cert. loc.* quoniam fidejussori mora rei non nocet, quoad augendam sed quoad continuandam obligationem *Dd. ad d. l. 8. & l. 88. de V. O.* vel ratione loci, ut si id, quod debitor Capuæ se soluturum promisit, Capuæ petatur. Remisisse enim creditor petendo Capuæ, arbitrium intelligitur *arg. l. 4. in pr. eod.* III. Excipit *Dn. Franzk. n. 11.* rem in judicio singulari non succedere rei

l. 7.

l. 7. §. fin. ff. qui pot. in pign. l. 4. §. fin. l. 72. §. 17. ff. de furt. sicut in universali *l. 22. ff. de hered. petit.* Resp. 1. imò pretium & æstimationem nonnunquam & in singulari judicio rem ipsam repræsentare *l. fin. ff. de neg. gest. l. 17. pr. ff. de R. V. l. 8. C. de don. int. vir. & ux.* 2. Resp. negando consequentiam. Non enim sequitur: pretium non succedit rei. E. peti non potest: sed hoc duntaxat sequitur: E. non ead. actione, quæ pro rei petitione competit, peti poterit, in quo concedendo haut erimus difficiles. Præterea huic nostræ sententiæ ita opponit *Harpr. ad §. 35. J. h. t.* Si omnes fructus ex quibus locupletior factus est b. f. possessor restituit, sequitur quod eos solùm consumtos acquirat, quos malè perdit. Verùm hic rursus nulla est sequela quia datur mediũ inter dilapidare & locupletari, nim. consumtio ad quotidianum vitæ usum cujusmodi exempla proponuntur *in l. 25. §. 11. & §. 16. ff. de hered. petit. l. 31. §. 9. & l. 32. §. 9. ff. de don. int. vir. & ux l. 8. C. eod.* Insuper aliter contra nos ratiocinatur *Dn. Franzk. n. 3.* hunc in modum. Uti se habet usucapio respectu acquisitionis in non fructibus: ita se habet consumtio in fructibus: conjunguntur enim & comparantur hoc respectu *in l. 4. §. 18. & §. 19. ff. de Usucap.* Atqui illic sine dubio v. gr. partum ancillæ b. f. possessor usucapiendo suum facit, etiamsi ex eo locupletatus sit *arg. l. 8. in pr. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* E. & consumendo. Verùm Resp. 1. negando majorem, quoniam allegatis §. §. id neutiquam probant, qui tantùm de modo adquisitionis, id est, quomodo fructus vel non fructus adquirantur: illi videl. consumtione: hi u[s]ucapione, loquuntur, non verò de effectu adquisitorum fructuum vel non fructuum; Ratio autem cur usucapiens ita rem suam faciat ut etiamsi locupletior ex ea fiat, ab illo revocari nequeat, redditur *in l. 28. ff. de V. S. vix enim est*, inquit Ictus, *ut non videatur* alienare, qui patitur usucapi E. alienatio, quam ll. præsumunt, plenam & irrevocabilem acquisitionem operatur. 2. Resp. negando fructus de quibus loquimur, propriè & verè dici consumtos per *l. 32. §. 9. ff. de don. int. vir. & ux. l. 25. §. 15. ff. de hered. petit. l. 8. C. de donat. int. vir. l. 8. ff. pro emtor. l. 22. ff. de negot. gest. l. 34. ff. de min.* Proinde non etiam sequitur uti alius infert: Dominus de consumtis fructibus agere prohibetur *lib. 36. J. h. t.* E. etiam de iis, ex quibus b. f. possessor locupletior factus est.

Deniq;

Deniq; sic objicit *Dn. Franzk n. 4.* Uti se habet adquisitio eorum, quæ servus b.f. possessus ex re possessoris quæsivit: ita se habet consumtio fructuum ab ipso b.f. possessore consumtorum. Consequentia est *in l. 40. in fi ff. de A.R.D.* Atqui ex illa quæ percepit b. f. possessor ita eius fiunt, ut ne post litem contestatam quidem quæsita veniant in restitutionem *l. 20. ff. de R.V.* E etiam hoc in casu, id quod ante litem contestatam consumsit b.f. possessor. Sed Resp negando consequentiam *in d. l. 40.* fundari, quandoquidem Jurisconsultus non argumentatur ab adquisitione eorum, quæ servus b. f. possessus ex re possessoris vel operis suis quæsivit, ad adquisitionem fructuum prædiorum consumtorum, sed contra ab adquisitione fructuum cõsumptor. ad eorum adquisitionem quæ servus b.f. possessus ex re possessoris vel suis operis adquisivit. Præterea quoque ratio, cur b. f. possessor adquirat fructus ex re sua vel opera servi quæsitos etiamsi ex ijs locupletior exstat: quod videl. ex re mea natum meum sit *l. 23. pr. ff. de A. R. D.* in fructibus ex prædio alieno perceptis cessat, & consequenter etiam ex ista fluens dispositio. *Videatur Dn. Ungep. Ex. 5. q. 12. in Neg. Bronch. Cent. 2. assert 37. M Lyckl. 2 Nyeb. lib 3. ecl. 1. 2. & 3.* Hæc quoad aphorismos.

DE COROLLARIIS CONSULE.

De 1. Dn. Ungep. Ex. 5. q. 3. in Ajo. Bachov. Disp. 1. de act. θ. 14. ad Tr. V. 1. D. 15. th. [illegible] *& Harpr. ad pr. J. n 40.*

De 2. Notata ad aph. 2. & Bach. d. D. 1. θ. 14. in ff. ad Tr. V. 2. D. 20. θ. i. l. k.

De 3. Notas ad aph. 3.

De 4. Dn. Arum. Ex. 4. θ. 9. Dn. Franzk Ex. 4. q. 2. Andr. Gerh. D. 4. q. 4. Forster. Disp. 6. θ. 9. Wesenb. π. ff. de A. R. D. n. 7. Heig. part. 1. q. 15. Scip. Ammir. Diss. Polit. c. 1. pag. 66.

De 5. Bach. ad Tr. V. 2. D. 20. θ. 3. in fi. l. B. Dn. Ludwell. in not. ad Wesenb. de A. R. D. ibi: venationes ad regalia.

De 6. Vindicias ad aph. 45.

De 7. Dn. Arum. Exer Just. 4. θ. 2. Harpr. ad pr. J. de R. D. n. 55. Sagittar. Cent. 1. axiom. Log. Dec. 2. q. fin. Bach. ad Tr. V. 2. D. 20. θ. 1. l. f.

Sit Trinæ Monadi Gloria Laus & honor.





